

أصول التشريع (الاسلامى)

أثر
الأدلة المختلفة فيها
(مصادرا التشريع التبعية)
في الفقه الاسلامى

رسالة في أصول الفقه نالت شهادة الدكتوراه بمرتبة
الشرف الأولى من جامعة الأزهر في القاهرة

الدكتور
مُصطفى بن عبد الجبار
مدرس في كلية الشريعة في جامعة دمشق

نشر وتوزيع
دار الأمل للطباعة والتوزيع
دمشق - حلب

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره الكافرون ، ونزل عليه القرآن شريعة محكمة ، ليخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم إلى صراط العزيز الحميد .

والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله ، الذي امتن الله به على الناس ، إذ بعث فيهم رسولا من أنفسهم ، يتلو عليهم آياته ويزكيهم ، ويعلمهم الكتاب والحكمة ، وإن كانوا من قبل لفي ضلال مبين . فصلوات الله وسلامه عليه ، وعلى آله المطهرين ، وأصحابه السابقين الأولين ، من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان من الأمة المجتهدين ، والعلماء العاملين ، ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين .

أما بعد : فلقد كثر الفساد ، وعم الضلال ، وزاغت القلوب ، وتمكنت الأهواء ، فأنحرف الناس عن دين الله تعالى عقيدة وشريعة ، وعبادة وأخلاقا ، ومعاملة وتحكما ، وسياسة وتنظيما ، وغاب شرع الله جل وعلا عن دنيا الناس ، ولم يبق منه إلا بقية باقية من صلوات تقام ، وأوراد تقرا ، وأذكار تتلى ، وقرآن يتفنى به في المناسبات من أفراح وأتراح . وما لهذا جاءت شريعة الله ، التي أرادها سبحانه منهج حياة ، وسبيل سعادة ، وطريق فوز ونجاة .

ولقد كان لغياب شرع الله تعالى عن حياة الناس - في كل شأن من شؤونهم - أن ترسب في نفوس الكثيرين منهم - ممن ينتسبون إلى الإسلام أولا ينتسبون ، وممن

هم مؤمنون به أو غير مؤمنين - أن الإسلام دين طقوس وعبادات صورية فحسب - كغيره مما يعرفون من ديانات - ليس له علاقة بشؤون الحياة والتشريع ، ولا صلة له بالتنظيم والتقنين والتخطيط ، إنما مجاله المساجد - بمفهومها الضيق لدى هؤلاء - تفتح أوقات الصلوات فتؤدى ، وفي المناسبات ، تقام الاحتفالات والحضرات والابتهالات ، وانتهى كل شيء .

وقام فريق من الناس - عن جهل منهم أو سوء قصد - يؤكدون هذا المعنى بمختلف ما يملكون من وسائل وأساليب ، ليرضى المسلمون ويستسلموا لكل ما يشرع لهم أو يقنن ، مهما كان المرجع وأنى كان المصدر ، فيسلم للطاغوت سلطانه ، ويعلو في الأرض شأنه .

ولما كانت هذه الدعوى بادية العوار ، تتحطم على صخرة الحقيقة بأقل نظر في شريعة الله تعالى ، التي هي من الشمول والإحاطة بحيث لا تخفى على من كان له أقل نصيب من فكر ، أو آثاره من عقل - وهذا القليل من النظر قد يحصل ولو عرضاً فيما يتلى أو يسمع - قام فريق آخر يلبسون لباس الإنصاف والعدل ، ويدعون أنهم انصار الموضوعية والحقيقة العلمية ، قام هؤلاء يعلنون أن الإسلام فيه تشريع ونظام ، وتقنين ومعاملات ، وإنما هذا التشريع أو ذاك التقنين ، كان يتناسب مع حقبة من الزمن ، عفا عليها التاريخ ومضت مع الأجيال ، وأما في القرن العشرين - وقد تطور الزمن ، وتوسعت مجالات الحياة ، وتعددت وجوه التقنين وتعقدت - فلم يبق للتشريع الإسلامي مجال ، فقد أدى دوره واستنفذ أغراضه . واخذ هؤلاء أيضاً - عن جهل منهم أو سوء قصد - يبثون دعواهم هذه في أوساط المسلمين بمختلف الألوان والأشكال : يدعون المصلحة تارة ، والالحوق بالركب أخرى ، يستغلون ذوي القلوب المريضة ، وأصحاب المطامع - من عشاق حطام الدنيا - ليطفئوا نور الله بأفواههم وبأبى الله إلا أن يتم نوره ولو كره الكافرون .

وفريق آخر تنبه - أو تنبّه - إلى أن المسلمين لن يخدعهم كل ما سبق ، ولن يخضعوا أو يخنعوا ، إذ إن جذوة الإيمان في نفوسهم لم تنطفئ ، وشعلة اليقين

بشرع ربهم وخلوده لم تخمد ولن يداخلها شك ، وشعر هؤلاء ان الفصام ما زال قائماً بين المسلمين وبين من يدعي - ظاهراً أو باطناً - ان شرع الله تعالى قد أدى دوره وانتهى ، ولذلك قاموا يعلنون - ليحصلوا على رضى المسلمين ويسكنوا صرختهم - ان الشرع الإسلامي قائم وصالح ، وانه معتمد في اصوله وفروعه ، ولكن تطور الزمن ، وتوسع المجالات ، وتعقد الحياة تفرض علينا ان نضيف إليه مصادر أخرى للتشريع ، ونقتبس من تقنيات وتشريعات وضعية من هنا أو هناك ، لنسير مع الركب ، ونتلاءم مع الحياة والزمن ، فالتشريع الإسلامي - حسب دعواهم - له حدوده وآفاقه ، وهي محصورة وضيقة ، فنحن لا غنى لنا عنه ، ولكن المصلحة تقتضي ، وشرع الله يفرض : ان لانضيق على الناس ، ولا نوقعهم في الحرج في تصرفاتهم ، لاسيما وان شرعنا متطور مرن ، يتلاءم مع كل زمان ومكان ، والقاعدة فيه مشهورة : تتغير الأحكام بتغير الأزمان . وهكذا فالدين - حسب ادعائهم - يفرض علينا ان نأخذ بركب الحضارة ونسابق الأمم ، ونم وثم ... من مثل هذه الصور البراقة ، والدعاوى المضللة ، والزخارف الهادفة ، ثم يعمدون إلى التقنين والتشريع ، فلا يرجون على شيء من شرع الله عز وجل ، إلا ما كان من هذا الرنين والطنين ، الذي لم يقصد به إلا التسيكين والتخدير ، ليهذا الجو ، ويتسنى تنفيذ ما يراد وما يدبر .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى : تجد الكثيرين من المسلمين ، يتساءلون عن اسباب الاختلاف بين الفقهاء والمذاهب ، وربما يذهب الظن ببعضهم - أحياناً - ان هذا الاختلاف اختلاف في اصل الدين والتشريع ، فهو كاختلاف اصحاب الديانات الأخرى التي نالها التغير والتحريف والتبديل ، وربما يذهب الظن ببعض آخر انه اختلاف ناشئ عن الهوى والتعصب وحب الظهور ، والحصول على المراتب والمناصب ، لتحقيق الغايات والمآرب ، ويستغل هذا التساؤل وهذا الظن أو ذاك ، أصحاب الأغراض والمقاصد ، الذين يتربصون بهذه الشريعة واهلها الدوائر ، فينشطون إلى تشويه حقائقها والطنن في حاملها ، ليشفوا غليلهم ، وينفسوا عن حقدهم الذي امتلأت به قلوبهم على هذه الشريعة واهلها .

لكل ما سبق ، اخترت التخصص في قسم اصول الفقه عامة ، والكتابة في هذا الموضوع خاصة . وذلك ان دراسة علم الأصول والبحث فيه والكتابة تقرر - اولاً وبالذات - ان هذه الشريعة إنما جاءت لتنظيم افعال المكلفين في شتى مرافق حياتهم ، ولربطهم في كل شأن من شؤونهم بخالفهم ومعبودهم ، الذي له العبودية ، وله الحاكمية في كل شيء . إذ إن - في دراسة الأصول - بيان ان هذه الشريعة لها اسسها ولها قواعدها في التشريع والتقنين ، ولها طرقها ومناهجها في استخراج هذا التشريع وهذا التقنين ، وشريعة تقتصر على طقوس وعبادات ليس لها كبير حاجة إلى كل هذا .

ودراسة الأصول - بمباحثه ومواضيعه - إنما هي بيان لمصادر التشريع المتفق عليها والمختلف فيها ، وفي هذا جلاء ساطع ، ودليل قاطع لما امتازت به هذه الشريعة من عموم وشمول ، وعناية بشؤون الحياة بحيث تكون مطية للنجاة ، مع قيامها على احسن حال من احوال العمران ، وانها شريعة أبدية خالدة لا تفنى عجائبها ، ولا تخلق على مر الدهور وتعاقب الأجيال ، وانها ذاتية جوهرية ، مستغنية عما سواها ، لا يعوزها - بما امتازت به من شمول ومرونة - ان تمد الحياة - بمختلف اطوارها ، وتعدد جوانبها - بالأحكام الشرعية لكل حادثة تحدث ، أو واقعة تقع إلى ان يرث الله الأرض ومن عليها . وحسبنا دليلاً على هذا ان تقنينات العالم تعتمد اصول الفقه الإسلامي - بقواعده وضوابطه - من جملة ما تعتمد في تشريعاتها من اصول وضوابط .

وفي دراسة اصول الفقه - وما فيه من قواعد وضوابط - بيان ان هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، مع المحافظة على ذاتيتها ، وبقاء جوهرها نقياً صافياً ، لا تناله أيدي العتب بالتغيير والتبديل ، أو التحريف والتأويل ، ثم التلاشي والضياع . وفي دراسة اصول الفقه ، بيان وجلاء لحقيقة اختلاف الأئمة والفقهاء وانه اختلاف اجتهاد واستنباط ، واحتجاج واستدلال ، وبالتالي اختلاف في المنهج والمسلك ، لا اختلاف في الأصل والمنبع . وانه اختلاف بقصد إحقاق الحق ، لا بدافع الشهوة والهوى ، بل إنه من مزايا هذه الشريعة ، التي امتازت بالرونة ورفع الضيق

والحرج ، واحترمت العقل واطلقت الفكر ، ومنعت التقليد الأعمى ، وحذرت من الموافقة - مع عدم الاقتناع - فيما كان مجال رأي واجتهاد . وبهذا كان اختلاف الفقهاء في مسالك الاجتهاد والاستنباط مزية من مزاياها ، وليس وصمة عيب او نقص يؤخذ عليها .

واما اختياري لهذا الموضوع خاصة : فلأنه وجه من وجوه علم أصول الفقه ، وجانب من جوانبه ، ولأن فيه - على الخصوص - جلاءً لكثير من النقاط التي اشرت إليها . والناحية الأهم فيه : إبراز الغاية المتوخاة من دراسة الأصول بشكل عملي ، حيث إن الغاية من علم الأصول تعرف الأسس التي بنيت عليها الأحكام الشرعية ، وبالتالي معرفة ارتباط هذه الأحكام الفرعية بأسسها وأصولها ، وفي دراسة الأدلة وبيان أثرها تتجلى لنا الأسس التي بنيت عليها الفروع ، وبالتالي كيف انبنت عليها وارتبطت بها ، ويبرز بشكل عملي - أيضاً - ما للاختلاف في القواعد والأسس من أثر في الفروع والمسائل الجزئية ، وينكشف لنا سر اختلاف المذاهب الفقهية في كثير من الأحكام .

والذي أكد اختياري لهذا الموضوع ، وجعلني أجزم بانتقائه ، هو اطلاعي - وأنا اتقدم لاختبار الماجستير - على الرسالة التي أعدها الدكتور مصطفى سعيد الخن ، وموضوعها [أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء] والتي نال بها درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية تحت إشراف الأستاذ الأكبر الشيخ مصطفى عبد الخالق ، وكان فيها : بيان ما كان للاختلاف في القواعد الأصولية - المتعلقة بالكتاب والسنة والإجماع والقياس على الخصوص - من أثر في اختلاف الفقهاء ، وكان نصيب البحث في الأدلة المختلف فيها وما كان لها من أثر يسيراً ، حيث لم يتعرض إلا لبحث الاستصلاح ، والاستصحاب ، ومذهب الصحابي ، وبعض ما انبنى عليها من فروع ، فرايت ان أنعم هذا العمل ، واستوعب بالبحث - ما أمكن - الأدلة المختلف فيها وما كان لها من أثر ، فقامت - بإرشاد وتوجيه من فضيلة الأستاذ الأكبر والشيخ الأجل

الاستاذ مصطفى عبد الخالق، الذي تكرم وتفضل ان يكون هو المشرف على هذه الرسالة في البداية - باختيار هذا الموضوع ، وكان هذا الامر بتوفيق الله تعالى ومثته .

وكان منهجي في البحث - بشكل عام - ان اعرض الدليل : فاذكر تعريفه ، وأحرر محل النزاع فيه ، ثم اذكر مذاهب العلماء في حجته ، ودليل كل من القائل به والمخالف ، وإن أسعفني التوفيق رجحت ما ألهمني الله عز وجل انه اقرب إلى الصواب ، ثم اذكر عدداً من المسائل الفرعية - على سبيل المثال لا الحصر - التي انبثت على الخلاف .

وطريقتي في عرض المسائل : ان اذكر صورة المسألة ، ثم اذكر اقوال الأئمة فيها ودليل كل منهم ، فابدأ بذكر المذاهب مقدماً - على الغالب - قول المذهب الذي يعمل بالدليل الذي انبثت عليه المسائل التي أعرضها ، ثم آتي بالأدلة مُصدراً - أيضاً - الاحتجاج بالدليل الذي هو موضوع البحث في الباب . هذا هو الغالب ، وربما ذكرت - أحياناً - كل قول مع دليله .

ومن طريقتي في البحث ان اذكر ما ذهب إليه الإمام من الأئمة ، ثم آتي بنص من كلامه أو كتب مذهبه على ذلك ، وكذلك أفعل أحياناً في الأدلة .

ولقد اخذت نفسي : ان لا أنقل قول إمام من الأئمة إلا من كلامه أو كتب مذهبه ، وكذلك لا آتي بدليل لقول إمام أو مذهب ، إلا إذا استدل به الإمام نفسه في كتبه ، أو استدلت به كتب المذهب ، وإذا لم أوفق للحصول على قول أو دليل في مسألة من المسائل لإمام من الأئمة اشرت إلى هذا ، وربما تركتها دون التعرض لرايه أو دليله ، وهذا لم يحصل إلا نادراً . وربما أنقل - في هذه الحالة - رايه أو دليله من كتاب مذهب آخر فاشير إلى هذا .

والجدير بالذكر اني قلما أتعرض لراي أحد غير المذاهب الأربعة .

وأخيراً : لي الشرف ان أتوجه بالشكر العليم ، إلى أسرة عبد الخالق التي تفضلت بتتويج هذه الرسالة ، بشرف الإشراف عليها ، حيث تفضل بقبول الإشراف

في البدا فضيلة الأستاذ العالم العلامة ، والشيخ الأجل الشيخ مصطفى
عبد الخالق - حفظه الله وأدامه وأطال عمره ونفع به المسلمين - ثم لأسباب
خاصة به اعتذر عن الإشراف عن جميع الرسائل ، فتفضل أخوه وشقيقه
الأبر العلامة الفاضل والأستاذ المحقق الشيخ عبد الغني عبد الخالق - أمد الله بالعون،
والبسه ثوب العافية، وجعله موئلا الأمة وأدام نفعه - فقبل الإشراف على هذه الرسالة،
محل أخيه وشقيقه الأكبر ، حفظهما الله تعالى ، وأجزل لهما الأجر والثوبة . ولقد
تكرم علي فضيلة الأستاذ الشيخ عبد الغني عبد الخالق حفظه الله بما ألهمه الله تعالى
إياه من الإرشاد والتوجيه والنصح ، مما أنار لي الطريق ، وأضاء لي السبيل ، حتى
جاءت هذه الرسالة على ما هي عليه ، فما كان فيها من حسن فيتوفيق الله تعالى ثم
بفضل نصحه وإرشاده ، فله عظيم الشكر والامتنان ، وما كان فيها من تقصير فلقللة
بضاعتي وقصر باغي ، والله تعالى أسأل أن يلهمني الرشيد والصواب ، وأن يأخذ
بيدي إلى ما فيه النفع والهدى والصلاح ، والحمد لله رب العالمين .

مصطفى ديب البغا



خطبة الحج

الموضوع : اثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي .
أو : مصادر التشريع التبعية واثرها في اختلاف الفقهاء .
مقدمة

تمهيد : تعريف موجز بمصادر الأحكام الشرعية .

الباب الأول الاستصلاح واثره

الفصل الأول : الاستصلاح وفيه :

- المصالح : معناها ، أقسامها ، مجال اعتبارها .
 - الاستصلاح : معناه ، موقف المذاهب منه ، دليله ، شروطه .
- الفصل الثاني : اثر الاستصلاح في اختلاف الفقهاء .

الباب الثاني الاستحسان واثره

الفصل الأول : الاستحسان .

- تعريفه ، وتحرير محل النزاع فيه .
 - مذاهب العلماء في حجته ، وادلتهم .
 - أنواعه عند القائلين به .
- الفصل الثاني : اثر الاستحسان في المسائل الفقهية .

الباب الثالث

الاستصحاب واثره

الفصل الأول : الاستصحاب .

— تعريفه ، أنواعه وتحرير محل النزاع ، حجته .

الفصل الثاني : اثر الاستصحاب .

الباب الرابع

المعرف واثره

الفصل الأول : المعرف .

— تعريفه وتحرير معناه لدى الأصوليين .

— اقسامه .

— الاحتجاج بالمعرف : أقوال المذاهب من كتب الأصول ، أمثلة تطبيقية من

كتب الفروع ، وجوه الاختلاف بين المذاهب في اعتباره ، شرائط اعتباره ،

الدليل الشرعي على اعتباره .

الفصل الثاني : اثر المعرف .

الباب الخامس

مذهب الصحابي واثره

الفصل الأول : مذهب الصحابي .

— المراد بمذهب الصحابي وتحرير محل النزاع .

— مذاهب العلماء في حجته وأدلتهم .

— حال الصحابي الذي يحتج بقوله .

الفصل الثاني : اثر القول بمذهب الصحابي .

الباب السادس

إجماع أهل المدينة وأثره

الفصل الأول: إجماع أهل المدينة .

— المراد بإجماع أهل المدينة وتحرير محل الخلاف .

— آراء العلماء في حجيته ، وأدلتهم .

الفصل الثاني : أثر القول بإجماع أهل المدينة .

الباب السابع

الاحتجاج بشرع من قبلنا وأثره

الفصل الأول : الاحتجاج بشرع من قبلنا .

— موقف الشريعة الإسلامية من الشرائع قبلها وتحرير محل النزاع .

— مذاهب العلماء في حجية هذا الدليل وأدلتهم .

الفصل الثاني : أثر الاحتجاج بشرع من قبلنا .

الباب الثامن

القول بسد الذرائع وأثره

الفصل الأول : سد الذرائع .

— الذرائع : معناها وأقسامها ، وبيان ما يسد منها .

— الاحتجاج بسد الذرائع ودليله .

الفصل الثاني : أثر القول بسد الذرائع في الفقه الإسلامي .

الباب التاسع

الآخذ بأقل ما قيل وأثره

الفصل الأول : الآخذ بأقل ما قيل .

- معناه .

- رأي العلماء في حجيته ودليله .

- شروط العمل به .

الفصل الثاني : أثر الأخذ بالأقل .

الباب العاشر

الاستقراء وأثره

الفصل الأول : الاستقراء .

- معناه .

- أنواعه وبيان النوع مجال البحث .

- حجيته لدى العلماء وإفادته الحكم .

خاتمة :

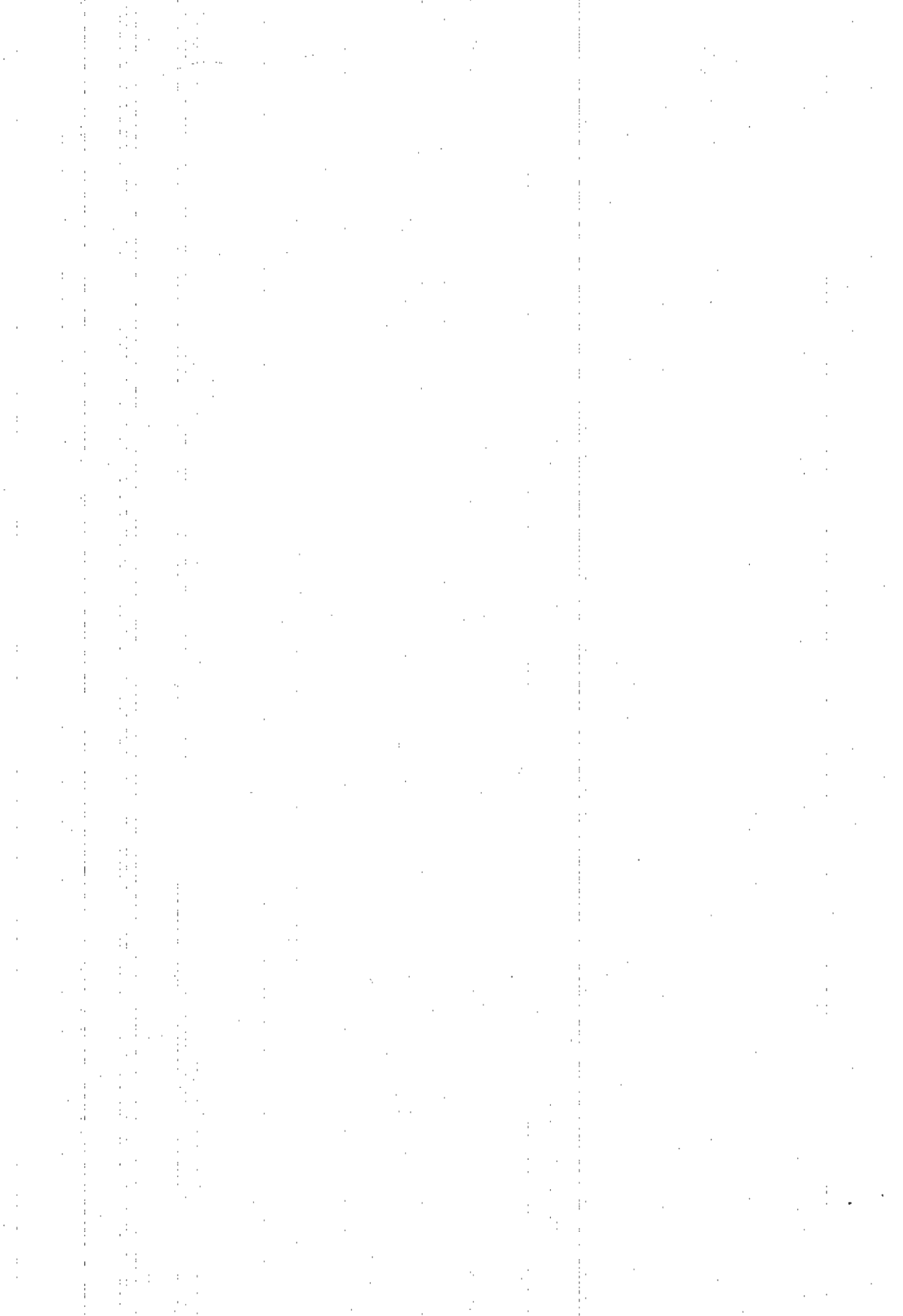
في بيان أثر المصادر التشريعية - من حيث تعددها وتنوعها - في الشريعة الإسلامية - من حيث مرونتها واتساعها وصلاحياتها لكل زمان ومكان - مع الإبقاء على جوهرها وذاتيتها .



تمهيد

وفيه

تعريف موجز بمصادر الأحكام الشرعية



إن الله سبحانه وتعالى لم يخلق الإنسان عبثاً ، ولم يتركه سدى ، بل فضله على سائر خلقه بالتكليف ، وتوجه إليه بالأمر والنهي ، وطلب الفعل والترك ، وجعل لكل فعل من أفعاله ، أو تصرف من تصرفاته ، حكماً شرعياً ، يلزمه - وهو البالغ العاقل - أن يعمل بمقتضاه ، ويقف عند حدوده ومنتهاه ، ويجب عليه امتثاله ، سواء أكان هذا الحكم تكليفاً - حسب اصطلاح الأصوليين - كالإيجاب : بمعنى أن الشارع طلب الفعل من المكلف مع المنع من تركه ، والنذب : بمعنى أن الفعل مطلوب مع عدم المنع من الترك ، والتحريم : لأن الطلب هو الكف عن الفعل مع المنع من فعله ، والكراهة : لأن الطلب هو الكف مع عدم المنع من الفعل ، والإباحة : لأن الشارع خير المكلف بين الفعل والترك . أم وضعياً - كما هو عند الكثيرين منهم - كجعل الشيء : سبباً في غيره ، أو شرطاً له ، أو مانعاً منه ، ليرتب على الفعل أثره ، وتبعه غايته ، ويحكم عليه بالصحة أو الفساد .

وهذه الأحكام الشرعية - تكليفية كانت أم وضعية - هي عبارة عن خطابات الله تعالى القديمة النفسية ، القائمة بذاته العلية ، المتعلقة بأفعال المكلفين بالوجه الذي ذكر ، والمرتبطة بها على النحو الذي بيّئ .

ولما كانت هذه الأحكام الشرعية ، وتلك الخطابات النفسية - بعض أنواع صفة الكلام القديمة ، وكانت غائبة عن أقطارنا ، بعيدة عن مدبركنا ، ولا يسكن لنا أن نعرفها ونهتدي إلى حقائقها مهما سمت عقولنا - كان لا بد لنا من أمارات معرفة وعلامات مينة ، ودلائل مرشدة ، نهتدي إلى معرفة أحكام الله تعالى ونسترشد إليها .

ولما كان الله سبحانه وتعالى يريد اليسر بعباده ولا يريد بهم العسر نصب الدلائل ، وأقام الأمارات ، وأشاد العلامات ، وأظهر الحجج الواضحة ، التي تهدي إلى أحكامه ومتعلق خطابه ، وترشد إليها ، وتعرف الجاهل بها ، وتلزم

المنكر لها ، وتوجب العمل بمقتضاها على من وقف عليها ، ممن كان أهلاً للنظر فيها ، وقادراً على استنباط الأحكام منها .

وهذه الإشارات وتلك العلامات هي ما يعرف : بالأدلة الشرعية ، أو بتعبير آخر : مصادر الأحكام الشرعية .

وهذه الأدلة كثيرة ومتنوعة ، ومنها ما هو موضع اتفاق — لدى من يعتد به ويعتبر من الأئمة — ومنها ما هو موضع اختلاف .

أما ما كان منها موضع اتفاق فهو : الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، أما الكتاب والسنة : فهما موضع إجماع المسلمين على اختلاف نحلهم وتعدد مذاهبهم ، وأما الإجماع والقياس فهما — أيضاً — موضع اتفاق الأئمة المعترين وأصحاب المذاهب المشهورين ، وإن خالف فيهما — أو في أحدهما — بعض الناس من أهل النحل .

وأما ما كان موضع اختلاف لدى الأئمة المعترين ، فهي كثيرة ومتعددة : كإجماع أهل المدينة ، وقول الصحابي ، والاستصحاب ، والاستصلاح ، والاستحسان ، وشرع من قبلنا ، والأخذ بالأقل ، والاستقراء ، والقول بسد الذرائع ، وغير ذلك .

هذا — وإني — سأعرض في هذا التمهيد تعريفاً موجزاً لكل من الأدلة الأربعة المتفق على حجيتها ووجوب العمل بها ، وأترك البحث في الأدلة المختلف فيها لأبواب هذه الرسالة .

وإني — في هذا التمهيد — سوف أكتفي بتعريف كل دليل من هذه الأدلة الأربعة ، والإشارة إلى أهم المسائل التي تعرض لها الأصوليون عند بحثهم فيها ، ولا أكلف نفسي الخوض في بحوث هذه الأدلة ، لأنها أجل من أن تبحث في تمهيد ، بل في رسائل مستقلة ، على أن الخوض في بحثها يخرج بنا بعيداً عما يراد من التمهيد للبحث موضوع هذه الرسالة .

وتجدر الإشارة — هنا — إلى أن الدلائل على حجية هذه المصادر الأربع

— من سمعية وعقلية — كثيرة ومتعددة ، وهي موضع اتفاق وقبول لدى من يعتد بهم من جمهور علماء هذه الأمة •

وكذلك تجدر الإشارة إلى أن مرجع هذه الأدلة ومصدرها الكتاب والسنة ، فهما أصل سائر الأدلة ، وعن طريقهما تثبت الحجية لكل منها •

قال الله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » / النحل : ٨٩ / •
وقال : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » / الأنعام : ٣٨ / • وقال : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » / النحل : ٤٤ / •

فالكتاب والسنة في مرتبة واحدة من حيث الاعتبار ، والاحتجاج بهما على الأحكام الشرعية : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » / النساء ٨٠ / • فرسول الله ﷺ هو المبلغ عن ربه والناطق بوجهه : « وما ينطق عن الهوى • إن هو إلا وحي يوحى » / النجم : ٣ — ٤ / (١) •

وإليك التعريف بهذه الأدلة :

التعريف بالكتاب :

هو : القرآن المنزل على رسول الله ﷺ بلسان عربي مبين — نظماً ومعنى — والمنقول إلينا بين دفتي المصحف ، بالأحرف السبعة المشهورة ، عن النبي ﷺ ، نقلاً متواتراً بلا شبهة •

وأهم البحوث التي تعرض لها الأصوليون ، والتي تتعلق بالقرآن خاصة ، هي : البحث فيما نقل إلينا منه متواتراً ، وما نقل منه آحاداً : فتعرضوا للقراءات وبيّنوا المتواتر منها والمشهور والشاذ ، وبيّنوا حكم كل منها في الاحتجاج •

(١) انظر البحث القيم في « الأحكام الشرعية وأدلتها » الذي كتبه فضيلة المحقق الشيخ عبد الغني عبد الخالق ، في المقدمة التي كتبها عن البخاري وصحيحه : ص ٣ وما بعدها •

وبحثوا في التسمية ، وهل هي آية من كل سورة ، أو ليست بآية من كل منها ، مع اتفاقهم على أنها آية من سورة النمل •

وبحثوا في المحكم والمتشابه في القرآن الكريم ، كما تعرضوا لبيان : أنه لا يتصور اشتغال القرآن على ما لا معنى له في نفسه ، لكونه هذياناً ونقصاً يتعالى كلام الله تعالى عنه •

وتكلموا — في المبادئ اللغوية — عن اشتغال القرآن على ألفاظ مجازية وكلمات غير عربية ، وبينوا وجه الحقيقة في هذا •

كما تعرضوا للبحث في إعجاز القرآن الكريم ، ووجوه هذا الإعجاز فيه •
هذه بحوث عامة تتعلق بالقرآن الكريم ، ربما تعرض لها الأصوليون كمقدمات ، للوصول إلى البحث فيما تعرف به أحكام الشرع من هذا الأصل الأصيل من أدلة الأحكام •

وأما الأبحاث التي بمعرفتها تعرف أحكام الشرع : فهي الأبحاث التي تتعلق بنظم القرآن ومعناه ، وأهم هذه الأبحاث التي تعرض لها الأصوليون :

١ — معرفة أقسام النظم ودلالات المنظوم فبحثوا في :

— وجوه النظم صيغة ولغة ، وهي أربعة أنواع : الخاص ، العام ، والمشارك ، والمؤول •

— وجوه استعمال ذلك النظم ، وجريانه في باب البيان ، وهو أربعة أنواع أيضاً : الظاهر ، والنص ، والمفسر ، والمحكم ، وحكم كل منها • ويقابلها : الخفي ، والمشكل ، والمجمل ، والمتشابه •

— وجوه البيان بذلك النظم ، وهي أربعة أنواع : الحقيقة ، والمجاز ، وحكم كل منهما ، وما تترك به الحقيقة • الصريح ، والكناية ، وحكم كل منهما •

٢ — بحثوا في دلالة غير المنظوم ، وهو : مادلاته لا بصريح صيغته ووضعه ، فبحثوا في الاستدلال بعبارة النص ، وإشارته ، ودلالة اقتضائه ، ودلالة التنبيه ، والإيماء ، والمفهوم •

٣ - وبحثوا في الأمر : حده ، ومقتضاه ، وصفة حكمه ، وأقسام المأمور به ، وكذلك النهي •

٤ - كما بحثوا في العام والخاص : معناهما ، وما يدل عليه كل منهما ، ومعرفة أحكام العموم والافاضة ، وفي التخصيص ومعناه ، وأدلة التخصيص المتصلة والمنفصلة •

٥ - وبحثوا في المطلق والمقيد ، ومتى يعمل بكل منهما ، ومتى يحمل المطلق على المقيد •

٦ - كما بحثوا في حروف المعاني وحروف الجر •

٧ - وبحثوا في النسخ ، والناسخ والمنسوخ ، وجواز النسخ ، والفرق بين النسخ والتخصيص ، وغير ذلك من أبحاث •

هذه أهم البحوث التي تعرض لها الأصوليون عند الكلام عن الدليل الأول وهو الكتاب •

التعريف بالسنة :

السنة في اصطلاح الأصوليين تطلق على : ما صدر عن الرسول ﷺ من الأدلة الشرعية مما ليس بمتلو ولا معجز ولا داخل في المعجز ، ويدخل في ذلك أقوال النبي ﷺ وأفعاله وتقريره •

وأهم الأبحاث الخاصة التي تتعلق بالسنة :

١ - من حيث السند :

بحثوا في كيفية الاتصال بنا من رسول ﷺ ، وما هو متصل ، وما هو منقطع •

- وبحثوا في الخبر وأقسامه : من حيث تعدد طرقه ، فبحثوا في التواتر وحكمه ، ومعنى التواتر وشروطه ، كما بحثوا في المشهور وحكمه ، وخبر الواحد وحكمه ، وشرائط وجوب العمل به ، وما يرد به خبر الواحد •

- وكذلك بحثوا في الراوي الذي تقبل روايته : من حيث الدراية والفقه ، وفي كيفية روايته ، وما يشترط فيه من صفات : العقل والضبط ، والعدالة •

٢ - كما بحثوا في أفعاله ﷺ ، وبيان ما هو جبلي لا يقصد به التشريع ، وما هو خاص به فهو تشريع له وليس تشريعاً لنا ، وما هو بيان لنا ويقصد به التشريع .

٣ - كما بحثوا في تعارض أفعاله ﷺ : بحيث يكون بعض منها ناسخاً للآخر ، أو مخصصاً له ، وكذلك بحثوا في التعارض بين فعله وقوله ﷺ .

هذه أهم الأبحاث الخاصة بالسنة ، إلى جانب مقدمات تتعلق بالبحث في عصمة الأنبياء ، وفي معنى الاقتداء والتأسي وما إلى ذلك .

ومن المباحث المهمة التي تبحث في السنة : تلك المباحث التي يشترك فيها الكتاب والسنة ، مما يتعلق بالمتن لفظاً ومعنى ودلالة ، والتي أشرنا إليها عند التعريف بالكتاب .

قال البزدوي - بعد ذكره مباحث الكتاب ، وعند بدئه الكلام عن الدليل الثاني وهو السنة - : اعلم أن سنة النبي ﷺ جامعة للأمر والنهي ، والخاص والعام ، وسائر الأقسام التي سبق ذكرها ، وكانت السنة فرعاً للكتاب - في بيان تلك الأقسام بأحكامها - فلا نعيدها .

التعريف بالإجماع :

الإجماع في اصطلاح الأصوليين : هو اتفاق المجتهدين ، من أمة محمد ﷺ ، بعد وفاته ، في عصر من العصور ، على حكم شرعي .
وأهم البحوث التي تعرضوا لها في هذا الدليل :

١ - ركنه ، وهو الاتفاق ، وهل يشترط كلام الكل وهو العزيمة ، أو يكفي أن يتكلم البعض ويسكت الباقي وهو الرخصة ؟ خلاف .

٢ - بحثوا في إمكان انعقاده ، والاطلاع عليه ، وشروط انعقاده ، وهل يشترط فيه عدد معين ، وهل ينعقد بإجماع أهل بلد معين ، أو فئة معينة ، وبمن ينعقد ؟

٣ - من يعتد بمخالفته ومن لا يعتد ؟ وهل تعتبر مخالفة المجتهد المطلق إذا كان مبتدعاً أو لا تعتبر ، وهل ينعقد مع مخالفة الأقل ؟ .

٤ - حكم الإجماع ، وحكم منكر حجته ، وحكم من أنكر الحكم الثابت بالإجماع .

إلى غير ذلك من البحوث ، التي تتعلق بهذا الدليل الهام من أدلة التشريع الإسلامي . وقد ذكر الآمدي في الأحكام : سبعة وعشرين مبحثاً تتعلق بهذا الدليل على وجه الخصوص ، وما أشرت إليه مجمل أهم تلك الأبحاث .

ومن البحوث البارزة - التي يتعرض لها الأصوليون في هذا الباب - موضوع إجماع أهل المدينة ، الذي هو أحد أبواب هذه الرسالة ، ومواضيعها التي سنعرض لها بالتفصيل .

التعريف بالقياس :

عرف فخر الإسلام الرازي القياس بقوله : هو إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت . [المحصول : ٣١٥/٢] .

وأما أهم بحوثه :

١ - فقد بحث الأصوليون في حكم القياس ، وشروطه ، وأركانه ، كما بحثوا في شروط العلة ومسالك إثباتها ، وفي تعددها ، وأنواعها .

٢ - وبحثوا فيما يجوز فيه القياس ، وهل يجوز إثبات أصل العبادات بالقياس ، وهل يجري القياس في المقدرات ، والحدود ، والكفارات ، أم لا ؟ إلى غير ذلك من بحوث (١) .

وبعد :

فهذا تعريف موجز سريع ، بمصادر التشريع المتفق على كونها حجة من حيث الإجمال ، وإن كان الأئمة قد اختلفوا فيما يتعلق بها من أبحاث من حيث التفصيل ، وكان لاختلافهم أثر كبير في الاختلاف في الفروع الفقهية .

(١) لقد اعتمدت في هذا التعريف بهذه الأدلة - المصادر التالية : الأحكام للآمدي ، شرح تنقيح الفصول للقرافي ، التوضيح لصدر الشريعة ، أصول البزدوي .

وهذه المصادر يطلق عليها البعض أنها : المصادر الأساسية في التشريع ، ويسمي ما عداها بالمصادر التبعية ، وإن كان الاصطلاح المتعارف عليه لدى الأصوليين والفقهاء هو لفظ الأدلة الشرعية، ثم منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه .

وأما الأدلة المختلف فيها ، أو المصادر التبعية : فهي التي سأعرض لها بالبحث - بتوفيق الله تعالى - في أبواب هذه الرسالة ، وهي - حسب اطلاعي - عشرة أدلة :

- ١ - الاستصلاح ، ٢ - الاستحسان ، ٣ - الاستصحاب ، ٤ - العرف ،
- ٥ - مذهب الصحابي ، ٦ - إجماع أهل المدينة ، ٧ - شرع من قبلنا ، ٨ - سد الذرائع ، ٩ - الأخذ بأقل ما قيل ، ١٠ - الاستقراء .

وذلك حسب الخطة التي رسمتها والمنهج الذي بينته ، والله المستعان على بلوغ القصد .



الباب الأول في الاستصلاح وأثره

يحتوي على فصلين :

الفصل الأول : الاستصلاح

الفصل الثاني : أثر الاستصلاح في اختلاف الفقهاء

الفصل الأول

الاستصلاح

وفيه

– المصالح : معناها ، اقسامها ، مجال اعتبارها

– الاستصلاح : معناه ، موقف المذاهب منه ، أدلته ، شروطه

المصالح

الفقه الإسلامي - في جملته - قائم على أساس اعتبار مصالح الناس ، فكل ما هو مصلحة مطلوب وجاءت الأدلة بطلبه ، وكل ما هو مضر منهي عنه وتضافرت الأدلة على منعه ، وهذا أصل مقرر مجمع عليه لدى فقهاء المسلمين ، فما قال أحد منهم إن الشريعة الإسلامية جاءت بأمر ليس فيه مصلحة العباد ، وما قال أحد منهم إنه يوجد شيء ضار فيما شرع للمسلمين من شرائع وأحكام ، كما أنهم اتفقوا على أن جميع أحكامه سبحانه وتعالى متكفلة بمصالح العباد في الدارين ، وأن مقاصد الشريعة ليست سوى تحقيق السعادة الحقيقية لهم .

[الموافقات : ٦/٢ - ٧ وانظر : مالك : ٣٦٨ ، ضوابط المصلحة : ٧٤] .

وإن المطلع على نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها ليجد الدلائل العديدة المتضافرة - من كتاب الله تعالى ، وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام ، وفتاوى الصحابة رضوان الله عليهم ، والقواعد الشرعية المجمع عليها - تثبت بوضوح أن الشريعة الإسلامية قد راعت مصالح العباد ، وأنها قائمة على أساس توفير السعادة لهم (١) .

معنى المصلحة :

المصلحة - لغة - كالمنفعة وزنا ومعنى ، فهي مصدر بمعنى الصلاح ، كالمنفعة بمعنى النفع .

أو هي اسم للواحدة من المصالح ، وقد صرح صاحب لسان العرب بالوجهين فقال : والمصلحة الصلاح ، والمصلحة واحدة المصالح .

(١) تراجع هذه الأدلة في البحث القيم الذي كتبه الدكتور سعيد رمضان البوطي في كتابه ضوابط المصلحة : ٧٤ - ١١٢ وكذلك تراجع مالك : فقرة (١٩٥) .

فكل ما كان فيه نفع - سواء كان بالجلب والتحصيل : كاستحصال الفوائد
واللذائذ ، أو بالدفع والاتقاء : كاستبعاد المضار والآلام - فهو جدير بأن يسمى
مصلحة .

واما في اصطلاح علماء الشريعة الإسلامية فهي :

المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده ، من حفظ دينهم ، وقوسهم
وعقولهم ونسلهم ، وأموالهم ، طبق ترتيب معين فيما بينها .

والمنفعة : هي اللذة ، أو ما كان وسيلة إليها ، ودفع الألم ، أو ما كان وسيلة
إليه ، وبتعبير آخر هي : اللذة تحصيلًا ، أو إبقاءً . فالمراد بالتحصيل : جلب اللذة
مباشرة ، والمراد بالإبقاء : الحفاظ عليها بدفع المضرة وأسبابها .
[المحصول للرازي : ٢/ ٤٣٤ ، واظر ضوابط المصلحة : ٢٣] .

اقسام المصالح :

١ - اقسام المصالح من حيث مراتبها :

إن علماء أصول الفقه الإسلامي قد قسموا الأعمال والتصرفات التي تعد من
المصالح بالنظر الشرعي ، وبحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها ، وبالنسبة
لحفظ مقاصد الشريعة^(١) إلى ثلاث مراتب ، وبنوا المطالبة على أساس ترتيبها ، وهي :

١ - الضروريات :

وهي الأعمال والتصرفات التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ،
وصيانة مقاصد الشريعة ، بحيث إذا فقدت أو فقد بعضها لم تجر المصالح على
استقامة ، بل تنهار الحياة الإنسانية ، أو تختل وتفسد . ويكون ذلك بإقامة أركانها
وتثبيت قواعدها ، كما يكون بدرء الفساد والاختلال الواقع عليها ، أو المتوقع فيها .
ولذا شرع لحفظ الدين : الإيمان والنطق بالشهادتين ، والعبادات ، كما شرع
الجهاد ، وعقوبة الداعي إلى البدع .

(١) مقاصد الشريعة : هي أن تحفظ على الناس دينهم وانفسهم واعراضهم
وعقولهم واموالهم .

ولحفظ النفس : أبيع - بل وجب - الأكل والشرب واللبس والسكن مما يتوقف عليه بقاء الحياة وصون الأبدان ، كما شرعت عقوبة الدية والقصاص •

ولحفظ النسل : فقد شرع النكاح ، وأحكام الحضانة والنفقات ، كما شرعت حرمة الزنا ، والعقوبة على ارتكابه •

وشرع لحفظ العقل : ما شرع لحفظ النفس من تناول الغذاء الذي يتوقف عليه بقاء الحياة والعقل ، كما شرعت حرمة المسكرات والعقوبة عليها •

وشرع لحفظ المال : أصل المعاملات المختلفة بين الناس لصيانة الحقوق ، وشرعت العقوبات والتضمينات زجرا عن العدوان وجبرا للحقوق •

وهكذا فأساس الأعمال التي تعد من المصالح الضرورية أن لا تقوم تلك الأمور الخمسة - التي هي من أركان الحياة البشرية الصالحة - إلا بمراعاتها •

٢ - الحاجيات :

وهي : الأعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الأركان الخمسة ، بل قد تتحقق دونها ، ولكن مع الضيق ، فهي أعمال وتصرفات شرعت لحاجة الناس إلى التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة ، كي لا يقعوا في شدة قد تفوت عليهم المطلوب •

فقد شرع - فيما يتعلق بحفظ الدين - من الحاجيات : الرخص المخففة ، كالنطق بكلمة الكفر لتجنب القتل ، وكالفطر بالسفر ، والرخص المناطة بالمرض •

وفما يتعلق بحفظ النفس : إباحة الصيد ، والتمتع بالطيبات فيما زاد على أصل الغذاء •

وفما يتعلق بحفظ المال : التوسع في شرعة المعاملات ، كالقراض والسلم والمساواة •

وفما يتعلق بحفظ النسب : شرع المهور والطلاق ، وشرط توفر الشهود على موجب حد الزنا •

٣ - التحسينات :

وهي : الأعمال والتصرفات التي لا تتخرج الحياة بتركها ، ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق ، أو من محاسن العادات ، فهي من قبيل استكمال ما يليق ، والتزهد عما لا يليق من المندسات التي تأنفها العقول الراجحة .

ومثالها :

فيما يتعلق بالدين : أحكام النجاسات والطهارات، وستر العورة وما شابه ذلك .
وفيما يتعلق بحفظ النفس : آداب الأكل والشرب ، ومجانبة ما استخبث من الطعام ، والابتعاد عن الإسراف والتقتير .

وفيما يتعلق بحفظ المال : المنع من بيع النجاسات ، وفضل الماء والكلاء .

وفيما يتعلق بحفظ النسب : أحكام الكفاءة في اختيار الزوجين ، وآداب المعاشرة بينهما .

ويلاحظ هنا : أن التحسينات منها ما هو من المندوبات : كآداب الطعام ونحوها ، ومنها ما هو من الفرائض المطلوبة شرعا على سبيل الحتم والإيجاب : كستر العورة ، لأن معنى كون الشيء من التحسينات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم العادية دون حرج ، ولكنه قد يكون مما تقتضي الاعتبارات الأدبية والمعنوية تحميمه وإلزام الناس به .

وعلى هذا : فالأحكام التي شرعت لصيانة الضروريات هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة ، وتليها الأحكام المشروعة لضمان الحاجيات ، ثم الأحكام المشروعة للتحسين والتكميل^(١) .

(١) الموافقات : ٨/٢ - ١٢ ، المستصفى : ١٤٠/١ ، المحصول : ٤٣٥/٢ - ٤٣٧ ،

وانظر : ضوابط المصلحة : ١١٩ ، مالك : ٣٧٦

ب - أقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها :

تقسم المصالح من حيث قيام الدليل على اعتبارها وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

١ - المصالح المعتبرة :

وهي المصالح التي اعتبرها الشارع ، وقام الدليل منه على رعايتها . فهذه المصالح حجة ، لا إشكال في صحتها ، ولا خلاف في إعمالها ، ويرجع حاصلها إلى القياس . فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ، ودل على المصلحة التي قصدها بهذا الحكم ، وأرشد بمسلك من المسالك إلى العلة الظاهرة التي ربط بها حكمه - لما في هذا الربط من تحقيق المصلحة - فإن كل واقعة غير واقعة النص تتحقق فيها هذه العلة ، يحكم فيها بحكم الشارع في واقعة النص ، وهذا حكم بالقياس .

مثاله :

قول الله تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » / البقرة : ٢٢٢ / . فعبارة النص تدل على : أن إيجاب اعتزال النساء في المحيض مسبب عن كونه أذى ، فإذا ثبت أن حال النفاس أو حال النزيف حال أذى مثل الحيض ، وجب اعتزال النساء فيه شرعا ، قياسا على وجوب اعتزالهن في المحيض .

وكذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » / الجمعة : ٩ / . عبارة النص تدل على : أن الأمر بترك البيع مسبب عن النداء للصلاة في يوم الجمعة ، لأن البيع في هذا الوقت مشغلة عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة ، فكل معاملة تشغل عن ذكر الله عز وجل وعن الصلاة - كالإجارة والرهن - حكمها حكم البيع من حيث التحريم ووجوب الترك ، قياسا عليه .

فالتشريع في واقعة بناء على تحقق العلة المنصوص عليها ، أو على نوعها أو جنسها ، في هذه الواقعة ، هو تشريع بالقياس ، والمصلحة المقصودة بهذا القياس تسمى : المصلحة المعتبرة من الشارع .

٢ - المصالح الملغاة :

وهي المصالح التي ليس لها شاهد اعتبار من الشرع ، بل شهد الشرع بردها وجعلها ملغاة •

وهذا النوع من المصالح مردود ، لاسبيل إلى قبوله ، ولا خلاف في إهماله بين المسلمين •

فإذا نص الشارع على حكم في واقعة ، لمصلحة استأثر بعلمها ، وبدا لبعض الناس حكم فيها ، مغاير لحكم الشارع ، لمصلحة توهموها ، ولأمر ظاهر - تخيلوا أن ربط الحكم به يحقق نقعاً أو يدفع ضرراً - فإن هذا الحكم مرفوض ، لأن هذه المصلحة التي توهموها مصلحة ملغاة من الشارع ، ولا يصح التشريع بناء عليها ، لأنه معارضة لمقاصد الشارع •

ومن أمثلة هذا النوع :

أ - التسوية بين الذكور والإناث في الميراث : فهي مصلحة متوهمة ، وهي ملغاة ، بدليل قوله تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » / النساء : ١١ / •

ب - الانتحار : فإنه قد يجلب لصاحبه منفعة ، ويكون له فيه مصلحة ، وهي التخفيف مما يعاينه من ألم مرض ، أو ألم حرمان ، ولكن الشارع لم يعتبر هذا النوع من المصالح بل نص على إلغائه في محكم الكتاب وسنة الرسول عليه الصلاة والسلام :

قال الله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً • ومن يفعل ذلك عدواناً وظلماً فسوف نصليه ناراً وكان ذلك على الله يسيراً » / النساء : ٢٩ - ٣٠ / •

وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال : شهدنا مع رسول الله ﷺ خير ، فقال رسول الله ﷺ لرجل ممن معه يلعي الإسلام : (هذا من أهل النار) فلما حضر القتال قاتل الرجل من أشد القتال ، وكثرت به الجراح فأثبتته ، فجاء رجل من

أصحاب النبي ﷺ فقال : يا رسول الله ، أرايت الذي تحدثت أنه من أهل النار ؟ قد قاتل في سبيل الله من أشد القتال ، فكثرت به الجراح ، فقال النبي ﷺ : (أما إنه من أهل النار) فكاد بعض المسلمين يرتاب ، فبينما هو على ذلك إذ وجد الرجل ألم الجراح ، فأهوى بيده إلى كناته ، فانتزع منها سهماً فانتحر بها ، فاشتد رجال من المسلمين إلى رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله ، صدق الله حديثك ، قد انتحر فلان فقتل نفسه ، فقال رسول الله ﷺ : (يا بلال ، قم فأذن : لا يدخل الجنة إلا مؤمن ، وإن الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر) (١) .

ج - ما يدعى من مصلحة لاقتصاد البلاد في تصنيع الخمر وتعاطيها والتعامل بها ، وقد أشار الله تعالى إلى هذه المصلحة الموهومة فقال : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيها إثم كبير ومنافع للناس » / البقرة : ٢١٩ / . ثم أشار إلى إلغائها بنفس الآية فقال : « وإثمهما أكبر من من نفعهما » ثم نص القرآن على إلغاء هذه المصلحة ، فقال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متتهون » / المائدة : ٩٠ - ٩١ / .

فالقول بإباحة تصنيع الخمر والتعامل به وتعاطيه تشريع بناء على مصلحة ألقى الشارع اعتبارها ، والتشريع بناء على مصلحة ألقى الشارع اعتبارها تشريع غير سائغ ، ومردود .

٢ - المصالح المرسلة :

وهي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها ، فإذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع لها حكماً ، ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع

(١) أخرجه البخاري : ١٥٤/٨ . [فأنبأته : أثقلته وجعلته ساكناً لآحراكه له . كنانته : جعبة السهام المأخوذة من جلد . فاشتد رجال : أسرعوا . صدق الله حديثك : حقق ما تحدثت به وأخبرت عنه] .

لحكم من أحكامه ، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم - أي إن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضرراً أو يحقق نفعاً - فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى : المصلحة المرسلة ، ووجه أنه مصلحة : هو أن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع ، وإنما سميت مرسلة ، لأن الشارع أطلقها ، فلم يقيد بها باعتبار ولا إلغاء (١) .

حقيقة المصالح المرسلة وما يدخل فيها :

هي : كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء .

ومن تحليل هذا التعريف يتبين لنا : أنه ليس من المصالح المرسلة كل ما يظن أنه منفعة مما لا يدخل في المقاصد الكلية للشارع .

وكذلك كل ما كان للإمام أن يتصرف فيه ، بموجب حق الإمامة - كخير الإمام بين استرقاق الأسرى ، وقتلهم ، واقتنائهم بالمبال ، والمن عليهم - لأن ما يملكونه من خيرة في ذلك واقع ضمن دائرة مانص عليه الشرع بواسطة الكتاب أو السنة .

وكذلك كل مسألة ، أو واقعة ، كانت مناطاً لمصلحتين متعارضتين لكل منهما شاهد من الاعتبار أو الإلغاء ، لأن مثل ذلك لا يقال : إنه خال عن شواهد الاعتبار والإلغاء .

وكذلك ليس من المصالح المرسلة : كل مصلحة عارضها نص أو قياس صحيح ، سواء عارضت من النص عمومه أم إطلاقه أم جميع مدلوله . وذلك لأن ما عورض بشيء منهما فقد ثبت شاهد على إلغاءه ، فبطل بذلك أن يكون مرسلًا .

(١) المستصفى : ١٣٩/١ ، الاعتصام : ١١٣/٢ - ١١٥ ، المحصول : ٢٣٩/٢ -

٢٤٢ ، وانظر : ضوابط المصلحة : ٢٢١ وما بعدها ، اثر الاختلاف : ١٤٥ ، مصادر التشريع الإسلامي : ٨٦

وليس معنى هذا الكلام أن المصلحة المرسله مجردة عن أي دليل تستند إليه ،
أو مجردة عن أي دليل يلغيها ، بل لابد أن تكون مستندة إلى دليل ما ، قد اعتبره
الشارع ، غير أنه دليل لا يتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها ، وإنما يتناول الجنس
البعيد لها ، كجنس حفظ الأرواح والعقول والأنساب .

هذا ، ويمكن أن يمثل للمصلحة المرسله : بمصلحة الدولة الإسلامية في فرض
أموال على الرعية ، عندما لا تفي خزينتها بحاجات تجهيز الجيوش ، وسد الثغور ،
وصد الأعداء — إذا لم يكن شيء من مال الدولة يصرف في السرف والبذخ ، أو في
مالا حاجة إليه — فهي مصلحة ليس لها شاهد بالاعتبار ، كما أنه لا شاهد لها بالإلغاء ،
ولكنها داخلة ضمن أهم مقصد من مقاصد الشريعة وهي حفظ الدين (١) .

مجال النظر إلى المصالح في الأحكام والعمل بالمصلحة المرسله :

يقرر فقهاء المسلمين : أن الأعمال التي يكلف بها المسلم ، وتأخذ أحكاماً شرعية ،
قسمان : قسم يتصل بالعبادات ، وقسم يتصل بالعادات :

١ - قسم العبادات :

وهي كل ما من شأنه تنظيم العلاقة بين الإنسان وربه ، وقلما تكون له علاقة
ببني الإنسان .

ولقد قرر العلماء : أن الأصل في هذا النوع من التكاليف التعبد ، فالنصوص
فيه غير معللة في جملتها ، أو على التحقيق : لا يلتفت الشخص في العبادات إلى
البواعث والغايات — التي من أجلها كانت — ويبنى عليها أشباهها ، فلا يفرض المكلف
على نفسه عبادة لم يفرضها الشارع ، لاتحادها مع ما نص عليه في الباعث المتلمس ،
أو الحكمة المناسبة . ويستدل الشاطبي في الموافقات على هذا الأصل بأدلة ثلاث :
هي :

(١) المستصفى : ١٤٢/١ ، المحصول : ٨٢٣/٢ ، تخرىج الفروع على الأصول

١٦٩ - ١٧١ ، ضوابط المصلحة : ٣٣٠ ، ٣٥٠

أ - الاستقراء : فإننا وجدنا الطهارة تتعدى محل موجبها ، وكذلك الصلوات خست بأفعال مخصوصة على هيئات مخصوصة إن خرجت عنها لم تكن عبادات ، ووجدنا الموجبات فيها تتحد مع اختلاف الموجبات ، وأن الذكر المخصوص في هيئة ما مطلوب ، وفي هيئة أخرى غير مطلوب ، وأن طهارة الحدث مخصوصة بالماء الطهور وإن أمكنت النظافة بغيره ، والتيمم - وليست فيه نظافة حسية - يقوم مقام الطهارة بالماء المطهر ، وهكذا سائر العبادات .

ب - أنه لو كان المقصود التوسعة في وجوه التعبد بماحد ومالم يحد لنصب الشارع عليه دليلاً واضحاً ، كما نصب على التوسعة في وجوه العادات أدلة لا يوقف معها على المنصوص عليها ، دون ما شابهه وقاربه وجامعه في المعنى المفهوم من الأصل المنصوص عليه ، ولكان ذلك يتسع في أبواب العبادات ، ولما لم نجد ذلك كذلك ، بل على خلافه ، دل على أن المقصود الوقوف عند ذلك المحدود ، إلا أن يتبين بنص أو إجماع معنى مراد في بعض الصور ، فلا لوم على من اتبعه ، لكن ذلك قليل ، فليس بأصل ، وإنما الأصل ماعم في الباب ، وغلب في الموضع .

ج - أن وجوه التعبدات في أزمنة الفترات ، لم يهتد إليها العقلاء اهتداءهم لوجوه معاني العادات ، فقد رأيت الغالب فيهم الضلال فيها ، والمشي على غير طريق ، ومن ثم حصل التغير فيما بقي من الشرائع المتقدمة ، وهذا مما يدل دلالة واضحة على أن العقل لا يستقل بدرك معانيها ولا بوضعها ، فافتقرنا إلى الشريعة في ذلك ^(١) .

هذا : على أنه من الواجب على المسلمين الإيمان بأن هذه التكاليفات المتصلة بالعبادة في مصلحة الإنسان ، وإن لم يكن له أن يشرع - بالحكمة أو المصلحة أو البواعث - مثلاً ، بل عليه أن يقف فيها عند النصوص ، وما تشير إليه ، وما يحمل عليها من غير تزويد .

(١) الموافقات : ٢/ ٣٠٠ - ٣٠٤ بشيء من الاختصار .

٢ - قسم العادات :

أما القسم الثاني من التكاليفات : فهو ما يتصل بمعاملة بني الإنسان بعضهم بعضاً ، وهو ما يسمى في اصطلاح الفقهاء : بالعادات .

والأصل في هذا القسم هو الالتفات إلى المعاني والبواغث - التي شرعت من أجلها الأحكام - باتفاق الفقهاء ، إذ إن التكاليفات في هذه الأمور إنما كانت لتكوين مجتمع إسلامي فاضل ، أساسه العدل والفضيلة ، وهذا إنما يكون بتشريع كل ما من شأنه رعاية المصالح المتفقة مع مقاصد الشارع . ولقد استدل الشاطبي - أيضاً - لهذا المعنى بثلاثة أدلة هي :

أ - الاستقراء : فإننا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معها حيث دارت . فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة ، فإذا كان فيه مصلحة جاز ، كالدرهم بالدرهم إلى أجل ، يمتنع في المبايعة ويجوز في القرض . ويبيع الرطب باليابس ، يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربما في غير مصلحة ، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا في باب العبادات مفهوماً كما فهمناه في العادات . قال تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب » / البقرة : ١٧٩ / وقال : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » / البقرة : ١٨٨ / .

وفي الحديث (لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان) ^(١) . وقال ﷺ - في منع القاتل من الميراث : (ليس لقاتل شيء) ^(٢) كما نهى ﷺ عن بيع الغرر ^(٣) .

(١) أخرجه البخاري عن أبي بكرة رضي الله عنه : (٦٧٣٩) ومسلم (١٧١٧) .

(٢) رواه مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه : ٨٦٧/٢

(٣) رواه في الموطأ مراسلاً عن ابن المسيب : الزرقاني : ٢٧١/٤ وأخرجه ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً (٧٣٩/٢) وأخرجه مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً وبلفظ : عن بيع الحصة وعن بيع الغرر ، وبيع الحصة : ان يشتري أحد المبيعات مجهولاً ، ويرمي بحصة ، فما وقعت عليه كان هو المبيع . وقيل فيه غير ذلك .

وفي القرآن : « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر » / المائدة : ٩١ / • إلى غير ذلك مما لا يحصى • وجميعه يشير — بل يصرح — باعتبار المصالح للعباد ، وأن الإذن دائر معها أينما دارت •

ب — أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات وبيان أحكام المعاملات بين الناس ، وأكثر ما علل به الحكم المناسبة التي تتصل بالمصالح ، والتي تتلقاها العقول بالقبول ، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني ، لا الوقوف مع النصوص ، بخلاف باب العادات ، فإن الثابت فيها غير ذلك ، فلا تثبت عبادة إلا بنص •

ج — أن الالتفات إلى المعاني — وهي المصالح — كان قائماً في أزمان لم يكن فيها رسل ، أي في الفترات بين رسول ورسول ، حتى جرت بذلك مصالحهم فاستقامت معاشهم في الجملة ، إلا أنهم قصرُوا في جملة من التفصيلات ، فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق ، وأكمل العادات ، ولهذا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية : كالدية ، والقسامة ، والقراض ، وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محموداً ، وما كان من محاسن العادات ، ومكارم الأخلاق التي قبلها العقول ، وهي كثيرة ^(١) •

هذا على أن العادات والمعاملات لا تخلو عن جهة تعبد في الجملة ، بل إن المكلف مأمور أن يقوم بالفعل أو الترك امتثالاً لأمر الله تعالى • يقول الشاطبي : لو كانت أوامر الله من حيث هي ، حقاً للعبد ، لصح الثواب عليها بدون نية ، لأن حق العبد حاصل بمجرد الفعل من غير نية ، لكن الثواب مفتقر في حصوله إلى نية •

وأيضاً فلو حصل الثواب بغير نية لأثيب الغاصب إذا أخذ منه المصوب كرهاً ، وليس كذلك باتفاق ، وإن حصل حق العبد •

فالصواب أن النية شرط في كون العمل عبادة ، والنية المرادة هنا نية الامتثال لأمر الله تعالى ونهيه •

(١) الموافقات : ٣٠٥/٢ — ٣٠٧ ، وانظر أيضاً : مالك : فقرة : ١٩٥

وإذا كان هذا جارياً في كل فعل وترك ، ثبت أن في الأعمال المكلف بها طلباً
تعبدياً على الجملة • ويقول أيضاً :

إن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى ، وهو جهة التعبد ، فإن حق
الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئاً ، وعبادته امتثال أوامره واجتناب
نواهيه بإطلاق •

فإن جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجرداً ، فليس كذلك بإطلاق ، بل جاء على
تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية (١) •

مجال العمل بالمصلحة المرسلة :

من خلال ما سبق من الكلام - في أقسام التكاليفات - يتبين لنا أن مجال
العمل بالمصالح المرسلة وبناء الأحكام الشرعية على أساسها : إنما هو قسم العادات ،
وما يتعلق بمعاملة الناس بعضهم بعضاً ، لأن هذا القسم من الأحكام هو مجال النظر
في تشريعه إلى المصالح ، وعليه فلا دخل لها فيما كان من قبيل العادات •

ويلحق بالعبادات كل ما كان في معناها مما ليس للعقل سبيل إلى إدراك المصلحة
الجزئية لكل حكم منها ، وذلك مثل الأمور المقدرات من الشارع كالحدود
والكفارات ، وفروض الإرث ، وشهور العدة بعد الموت أو الطلاق ، وكل ما شرع
محددًا مقدراً واستأثر الشارع بعلم المصلحة فيما حدد به •

ومن بدهي القول : أن المصلحة المرسلة : إنما يلتفت إليها في هذا المجال عندما
لا يكون هناك نص من كتاب أو سنة يبين حكم الواقعة أو يشهد لها بالاعتبار ،
وكذلك عندما لا يكون هناك إجماع على حكمها ، أو قياس تلحق به •

وذلك واضح من تعريف المصالح المرسلة : إذ هي المصالح التي يراها المجتهد ،
مما لا شاهد يؤيده من أصل يقاس عليه ، ولا دليل يلغيه من نص كتاب أو سنة (٢) •



(١) الموافقات : ٣١٧/٢ ، وانظر : ضوابط المصلحة : ٥٠ الخاصة الأولى •

(٢) الاعتصام : ١٢٩/٢ - ١٣٣ ، مصادر التشريع الإسلامي : ٨٩ ، ضوابط

المصلحة : ٢١٦

الاستصلاح

إن الأخذ بالمصالح المرسله هو ما يسمى في اصطلاح العلماء بـ (الاستصلاح)
والاستصلاح لغة : طلب الإصلاح • مثل الاستفسار طلب التفسير • وكما يقال في
الحسيات : استصلح بدنه أو مسكنه ، يقال في المعنويات : استصلح خلقه أو أدبه •

وفي القرآن الكريم: «ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم
فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح» / البقرة: ٢٢٠ / •

وأما في اصطلاح الأصوليين : فهو : ترتيب الحكم الشرعي في واقعة ، لائص
فيها ولا إجماع ، بناء على مراعاة مصلحة مرسله (١) •

موقف المذاهب من الاستصلاح :

الاستصلاح لدى مالك رحمه الله تعالى :

تكاد كلمة الأصوليين تلتقي على أن القول بالاستصلاح أمر مختلف فيه ، وأن
الراجح من الآراء أنه لا يصلح الاستدلال به ، إذ لا دليل على اعتباره • وأنه لم يذهب
إلى القول به إلا الإمام مالك رحمه الله تعالى • وإليك بعض نصوص كتب الأصول
في هذا الباب :

١ - قال الآمدي في الإحكام [١٤٠/٤] : المصالح على ما بينا منقسمة إلى
ما عهد من الشارع اعتبارها ، وإلى ما عهد منه إلغاؤها ، والمرسله مترددة بين ذينك
القسمين ، وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر ، فامتنع الاحتجاج
بالمرسل دون شاهد بالاعتبار بين أنه من قبيل المعتبر دون الملغى • وقال أيضاً :

(١) ضوابط المصلحة : ٣٥٢ ، مصادر التشريع : ٨٥

وقد اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به ، وهو الحق • إلا ما نقل عن مالك أنه يقول به ، مع إنكار أصحابه لذلك عنه ، ولعل النقل إن صح عنه فالأشبه أنه لم يقل بذلك في كل مصلحة ، بل فيما كان من المصالح الضرورية الكلية الحاصلة قطعاً ، لا فيما كان من المصالح غير ضروري ولا كلي ولا وقوعه قطعي •

٢ - وقال العضد [٢٨٩/٢] : المصالح المرسلة : مصالح لا يشهد لها أصل بالاعتبار في الشرع ، وإن كانت على سنن المصالح وتلقته العقول بالقبول • ثم قال : لنا أن لا دليل ، فوجب الرد •

٣ - وقال ابن الحاجب [٢٤٢/٢] : وغير المعتبر هو المرسل ، فإن كان غريباً أو ثبت الغاؤه فمردود اتفاقاً ، وإن كان ملائماً فقد صرح الإمام الغزالي بقبوله ، وذكر عن مالك والشافعي ، والمختار رده •

٤ - ويقول ابن قدامة المقدسي الحنبلي في كتابه روضة الناظر [٨٧] بعد ذكر المصالح المرسلة : فذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن هذه المصلحة حجة ، لأننا قد علمنا أن ذلك من مقاصد الشرع ، وكون هذه المعاني مقصودة : عرف بأدلة كثيرة لاحصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال ، وتفاريق الأمارات ، فيسمى ذلك مصلحة مرسلة • ولا نسميه قياساً ، لأن القياس يرجع إلى أصل معين • والصحيح أن ذلك ليس بحجة •

٥ - ويقول الشاطبي في الاعتصام [١١١ / ٢ - ١١٢] : إن القول بالمصالح المرسلة ليس متفقاً عليه ، بل قد اختلف فيه أهل الأصول على أربعة أقوال :

أ - فذهب القاضي وطائفة من الأصوليين إلى رده ، وأن المعنى لا يعتبر مالم يستند إلى أصل •

ب - وذهب مالك إلى اعتبار ذلك ، وبنى الأحكام عليه على الإطلاق •

ج - وذهب الشافعي ومعظم الحنفية إلى التمسك بالمعنى الذي لم يستند إلى أصل صحيح ، لكن بشرط قربه من معاني الأصول الثابتة • هذا ما حكى الإمام الجويني •

د - وذهب الغزالي إلى أن المناسب إن وقع في رتبة التحسين والتزيين لم يعتبر حتى يشهد له أصل معين • وإن وقع في رتبة الضروري فميله إلى قبوله ، لكن بشرط • قال : ولا يبعد أن يؤدي إليه اجتهاد مجتهد ، واختلف قوله في الرتبة المتوسطة وهي : رتبة الحاجي ، فردّه في المستصفي وهو آخر قوله • وقبله في شفاء الغليل كما قبل ما قبله [انظر : المستصفي : ١٤١/١] •

وقال - أيضاً - بعد ذكره عدم التفات مالك رحمه الله إلى المعاني في العبادات : بخلاف قسم العادات - الذي هو جار على المعنى المناسب الظاهر للعقول - فإنه استرسل فيه استرسال المدل العريق في فهم المعاني المصلحية - نعم ، مع مراعاة مقصود الشارع أن لا يخرج عنه ولا يناقض أصلاً من أصوله - حتى لقد استشنع العلماء كثيراً من وجوه استرساله ، زاعمين أنه خلع الرتبة وفتح باب التشريع • وهيئات ما أبعد من ذلك رحمه الله ! بل هو الذي رضي لنفسه في فقهه بالاتباع بحيث يخيل لبعض أنه مقلد لمن قبله ، بل هو صاحب البصيرة في دين الله ، حسبما بين أصحابه في كتاب سيره [الاعتصام : ١٣٢/٢ - ١٣٣] •

٦ - وأخيراً ، يقول الشافعي رحمه الله تعالى في الأم [٢٧٠/٧] في باب إبطال الاستحسان :

وكل ما وصفت ، مع ما أنا ذاكر وسأكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر ، من حكم الله ، ثم حكم رسوله ﷺ ، ثم حكم المسلمين ، دليل على أن لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً أو مفتياً ، أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ثم السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان ، إذ لم يكن الاستحسان واجباً ، ولا في واحد من هذه المعاني •

فإن قال قائل : فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن ، إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟

قيل : قال الله عز وجل : « أychسب الإنسان أن يترك سدى » / القيامة : ٣٦ / * فلم يختلف أهل العلم بالقرآن - فيما علمت - أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بمالم يؤمر به ، فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى * .

والاستحسان في تعبير الشافعي رحمه الله تعالى : يشمل ما يسمى - في عرف الفقه - بالمصالح المرسلة عند المالكية ، والاستحسان عند الحنفية (١) * .

هذا ما ذكرته كتب الأصول عن موقف الأئمة والمذاهب من الاستصلاح وكلها تبين أن مالكا - رحمه الله تعالى - وحده هو الذي أخذ به ، بينما خالفه غيره في ذلك ، بل شدد عليه النكير - كما نقلنا عن الشافعي رحمه الله تعالى - على أن الحقيقة ليست كذلك كما سنبين فيما يلي من البحث * .



عمل الأئمة الثلاثة - غير مالك - رحمهم الله تعالى بالاستصلاح ووجوده في فقههم :
يقول القرافي المالكي [شرح تنقيح الفصول : ١٧١] : وأما المصلحة المرسلة : فالنقول أنها خاصة بنا ، وإذا اقتضت المذاهب وجدتهم - إذا قاسوا ، أو جمعوا ، أو فرقوا بين المسألتين - لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة ، فهي حينئذ في جميع المذاهب * .

وقال الزركشي [البحر المحيط : ورقة ١٥٤] : ما لا يعلم اعتباره ولا إلغاؤه - وهو الذي لا يشهد له أصل معين من أصول الشريعة بالاعتبار - وهو المسمى

(١) انظر مالك : ٣٦٨ (حاشية) .

بالمصالح المرسلة • والمشهور اختصاص المالكية بها ، وليس كذلك ، فإن العلماء في جميع المذاهب يكتفون بمطلق المناسبة ، ولا معنى للمصلحة إلا ذلك •

هذا ، وإن المنتبـع لفقه الأئمة الثلاثة واجتهاداتهم في مراجعتها الأصلية يرى ما يدل على أنهم جميعاً كانوا يبنون أحكامهم الاجتهادية على وفق المصالح المرسلة • وهذه نبذ من كلامهم — أو كتب مذاهبهم — تدل على ذلك :

١ — الاستصلاح لدى الحنفية :

يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف في كتابه [مصادر التشريع الإسلامي : ٨٩] :
أما الحنفية : فالمشهور في بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ولا يعتبرونه دليلاً شرعياً • وهذا فيه نظر من عدة وجوه :

١ — أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ، ومبينة على علل هي مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه ، وكثيراً ما أولوا ظواهر النصوص استناداً إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها ، فمن البعيد أن الحنفية — وهم زعماء فقهاء العراق ^(١) — لا يأخذون بالاستصلاح ، وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي في بحوثه وآرائه — لا يصدر إلا عن المصلحة ، ولا يحتاج إلا بالمصلحة • وهم في مقدمة القياسيين ، وعمادهم مراعاة المصلحة •

٢ — أنهم قالوا بالاستحسان ، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذي سنده العرف والضرورة والمصلحة ، وما هذا إلا استناد إلى المناسب المرسل ، وأخذ بالاستصلاح ، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح • والذي أستظهره أن الحنفية ممن يحتجون بالاستصلاح • هـ •

وإذا قلنا : إن الحنفية يحتجون بالاستصلاح فهم لا يعتبرونه أصلاً مستقلاً ، وإنما يدخل عندهم ضمن دليلين من أهم الأدلة التي امتاز بها فقههم وهما :
الاستحسان والعرف ، كما أشار إليه الأستاذ خلاف •

(١) أي : وهم أصحاب مدرسة الرأي .

والذي يدل على دخول الاستحسان في الاستصلاح : تعريف بعضهم له بأنه :
العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس . وما تذكره كتب الحنفية في
توجيه الاستحسان في كثير من المسائل من القول : إنهم استحسنوا ترك العمل
بموجب القياس للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس ، وللضرورة أثر في سقوط
الخطاب [كشف الأسرار : ٦٤/٣ ، العضد : ٢٨٨/٢] .

بل إن الذي يدل على أن الاستحسان إنما يعني - في مقدمة ما يعنيه - القول
بالاستصلاح ، ما قاله الإمام السرخي في المبسوط [١٤٥/١٠] : الاستحسان ترك
القياس ، والأخذ بما هو أوفق للناس ، وقيل : الاستحسان طلب السهولة في الأحكام
فيما يتلى فيه الخاص والعام ، وقيل : الأخذ بالسعة ، وابتغاء الدعة ، وقيل : الأخذ
بالمساحة وابتغاء ما فيه الراحة . وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر ليسر ، وهو
أصل في الدين . قال الله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »
/ البقرة : ١٨٥ / اهـ .

وبناء على هذا فقد خرجت معظم الأحكام التي أخذ بها بعض الأئمة استصلاحاً
مخرج الاستحسان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، كالأستصناع وتضمين الصانع
المشترك وغيرها ، كما سنرى عند الكلام عن المسائل المتفرعة عن الاستصلاح
والاستحسان .

وأما العرف : وهو من أوسع ما اعتمده الأئمة عامة ^(١) ، وأبو حنيفة خاصة ،
فيما لانص فيه ، وفيما لا يعارض أصلاً من الأصول المتفق عليها . وإنما تستقر
أعراف الناس وعاداتهم في التعامل على أساس من مصالح حياتهم ومعاشهم ، ولذلك
فإن كثيراً من الأحكام ، المبنية عند أبي حنيفة أو بعض أصحابه على العرف ، إنما
هو قائم في الوقت نفسه على الاستصلاح عند غيرهم . وسنرى بعضاً من هذا عند
الكلام عن العرف وأثره في الباب الرابع ، على أننا كثيراً ما نجدهم يستدلون في المسألة

(١) سيأتي معنا في الباب الرابع بحث العرف وبيان آراء الأئمة وموقفهم من اعتباره .

— أو يدعمون استدلاتهم أحياناً — بمطلق المصلحة ، كما فعلوا ذلك في مسألة قتل الجماعة بالواحد ، وفي منع تغريب البكر الزاني ، وكذلك في جعل الطلاق الواقع بالإيلاء بائناً ، وغير ذلك من الفروع .

أمثلة من فقه الحنفية على عملهم بالاستصلاح :

١ - تضمين الصناع :

لقد قال الحنفية — على العموم — بتضمين الأجير المشترك ، وإن لم يخالف عمله ما اتفق عليه مع المستأجر . فإذا هلكت السلعة في يده ضمنها ، إلا إذا كان الهلاك بسبب غالب لا يمكن الاحتراز عنه . قال في الهداية : الأجراء على ضربين : أجير مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ، والمتاع أمانة في يده ، إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر ، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر . قال الزيلعي : ويقولهما يقتى اليوم ، لتغير أحوال الناس ، وبه يحصل صيانة أموالهم وهذا نظر إلى المصلحة ، على أن أساس القول بتضمين الصناع — كما سنرى — هو النظر إلى مصلحة الناس وحاجاتهم ، بل لقد صرح الحنفية بذلك ، جاء في الهداية : أن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما ، لصيانة أموال الناس ^(١) .

٢ - عقد الاستصناع :

فقد قال الحنفية بصحة هذا العقد : قال السمرقندي : الاستصناع هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع ، والقياس : أن لا يجوز ، وفي الاستحسان جائز لتعامل الناس ^(٢) . والناس إنما يتعارفون ما فيه مصلحتهم وما تدعوا الحاجة

(١) الهداية وشروحها : ٢٠٠/٧ - ٢٠٥ ، وانظر المسألة مفصلة في الفصل الثاني .

(٢) تحفة الفقهاء : ٥٣٨/٢ ، الهداية وشروحها : ٣٥١/٥ - ٣٥٥ . وانظر

مسألة عقد الاستصناع في الفصل الثاني من الباب الرابع .

إليه ، ولذلك قصر الحنفية جواز هذا العقد على ما تعارف الناس استصناعه وجرى التعامل به ، لأن الأصل عدم جوازه ، لأنه بيع معدوم ، وليس بسلم ، لعدم وجود الأجل ، وهو شرط عندهم في عقد السلم •

٣ - نذر التصدق بماله :

ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن من قال : مالي في المساكين صدقة ، يلزمه التصدق بما يملك من الأموال التي تجب فيها الزكاة ، ولا يلزمه التصدق بكل ما يملك من مختلف الأموال ، قال في الهداية : ومن قال : مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة • قال في الفتح : القياس ينصرف إلى كل مال له ، وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة (١) • وذلك نظراً إلى أنه لو لم يمسك ماعدا الزكوي من أمواله لاحتاج إلى أن يسأل الناس ، ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس •

٤ - تغريب الزاني البكر :

ذهب الحنفية إلى أنه لا تغريب على البكر الزاني ، ومما استدلوا به لقولهم هذا : أن في التغريب فتح باب الزنا ، لانعدام الاستحياء من العشيرة ، ولأنها قد تحتاج إلى المأكل والمشرب والملبس فتتخذ زناها مكسبة ، وهذا الاستدلال منهم التفات إلى المصلحة واعتبار لها (٢) •

وغیر هذا من أمثاله كثير ، وسنعرض إلى مسائل للعرف والاستحسان عند الحنفية في موطنهما إن شاء الله تعالى •

(١) الهداية وشروحا : ٥٢٤/٥ ، وانظر المسألة في اثر الاستحسان •

(٢) الهداية وشروحا : ١٣٤/٤ - ١٣٦

٢ - الاستصلاح لدى الشافعية :

إن الشافعي رحمه الله تعالى لم يعد الاستصلاح دليلاً مستقلاً في أصوله كالإجماع والقياس ، ومن أجل هذا ظن كثير من الباحثين أنه لم يأخذ به ، ولم يعتبر المصالح المرسلة مستنداً في اجتهاده .

إلا أنه لا يلزم من كونه لم يعد الاستصلاح أصلاً مستقلاً برأسه عدم اعتباره له ، واعتماده عليه ، مدرجاً تحت باب القياس مثلاً ، بل الحق : أن الشافعي رحمه الله تعالى كان يذهب في اعتماد المصالح المرسلة إلى مدى بعيد ، ولكنه كان يسمي كل ذلك قياساً ، إذ القياس في مفهومه هو : مطلق الاجتهاد وفق أدلة الشريعة ومقاصدها .

وفي بيان هذه الحقيقة يقول رحمه الله في كتابه الرسالة [٥١٥ - ٥١٦] :

وقد يمتنع بعض أهل العلم من أن يسمي هذا قياساً ، يقول : هذا معنى ما أحل الله وحرم ، وحمد وذم ، لأنه داخل في جملته ، فهو بعينه لاقياس على غيره ، ويقول مثل هذا القول في غير هذا ، فما كان فيه معنى الحلال فأحل ، والحرام فحرم . ويمتنع أن يسمي القياس إلا ما كان يحتمل أن يشبه بما احتمل أن يكون شبيهاً من معنيين مختلفين ، فصرفه على أن يقيسه على أحدهما دون الآخر .

ويقول غيرهم من أهل العلم : ما عدا النص - من الكتاب أو السنة - فكان في معناه فهو قياس ، والله أعلم .

ويقول في مكان آخر [٥٠٥] : الاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء ، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل ، والدلائل هي القياس (١) .

وقد نقل إمام الحرمين في كتابه البرهان عن الشافعي اعتماده على المصالح المرسلة ، فقال : المعروف من مذهب الشافعي التمسك بالمعنى ، وإن لم يستند إلى أصل ، على شرط قرينه من معاني الأصول الثابتة . ثم بين مستنده في ذلك وقال في

(١) انظر ضوابط المصلحة : ٢٧٠ ، أثر الاختلاف : ٤٤٧

ختم كلامه : ومن يتبع كلام الشافعي لم يره متعلقاً بأصل ، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة ، فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبهاً ، كدأبه إذ قال : — في اشتراط النية في الوضوء قياساً على التيمم — : طهارتان ، فكيف يفترقان (١) ؟ •

وقال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول :

ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع — وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة — جائز •

وذكر أمثلة على هذا ثم قال : واحتج في ذلك : بأن الوقائع الجزئية لانهاية لها ، وكذلك أحكام الوقائع لاحتصر لها ، والأصول الجزئية التي تقتبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية ، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي ، فلا بد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية ، وهي التمسك بالمصالح المستندة إلى أوضاع الشرع ومقاصده على نحو كلي ، وإن لم يستند إلى أصل جزئي (٢) •

وقال الرازي في [المحصول : ٨٢٥] : بعد ذكره أنواع المصالح ودلائل اعتبارها : فدل مجموع ما ذكرنا على جواز التمسك بالمصالح المرسلة •

أمثلة تطبيقية لاعتماد الشافعي رحمه الله تعالى في اجتهاده على الاستصلاح :

من ذلك :

١ — ما جاء في الأم : قال الشافعي رحمه الله : الرجوع عن الشهادات ضربان : فإذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل ، بشيء يتلف من بدنه أو ينال — مثل قطع ، أو جلد ، أو قصاص في قتل أو جرح — وفعل ذلك به ، ثم رجعوا فقالوا : عمدنا أن ينال ذلك منه بشهادتنا ، فهي كالجناية عليه ، ما كان فيه من ذلك قصاص خير بين أن يقتص أو يأخذ العقل ، وما لم يكن فيه من ذلك قصاص أخذ فيه العقل ، وغزروا دون الحد •

(١) البرهان : ورقة ٢٦١ ، ٢٦٢ ، وانظر البحر المحيط : ورقة ٨٦

(٢) تخريج الفروع على الأصول : ١٦٩ — ١٧١ ، وانظر البحر المحيط : ورقة ١٥٥

فقول الشافعي هذا لا يعتمد على دلالة نص من كتاب أو سنة ، إذ ليس في شيء منهما — مما يدل على شرعة القصاص — ما يدل على أن الشهود يقتض منهم إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أن نيل من المشهود عليه بسببها ، وإنما هو استصلاح يعتمد ما تقضيه مصلحة حقن الدماء وصونها من غائلة المكر والأحقاد ، وهو ملائم لشرعة القصاص ، وإن كان الشافعي يسميه قياساً ولا يسميه استصلاحاً •

وشبيه به ما جاء في الأم أيضاً : ولو شهدوا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، ففرق بينهما الحاكم ، ثم رجعوا ، أغرمهم الحاكم صداق مثلها إن كان دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها غرمهم نصف صداق مثلها ، لأنهم حرموها عليه ، ولم يكن لها قيمة إلا مهر مثلها ، ولا ألنت إلى ما أعطها قل أو كثر ، إنما ألنت إلى ما أتلفوا عليه فأجعل له قيمته (١) •

٢ — ما نقله الزركشي في البحر المحيط عن الغزالي ، أنه قال في كتاب أساس القياس : قد جعل الشافعي رحمه الله تعالى استيلاد الأب جارية الابن سبباً لنقل الملك ، من غير ورود نص فيه ولا وجود أصل يشهد بنقل الملك ، والقدر المصلحة فيه : استحقاق الإعفاف على ولده ، وقد منست حاجته إليه ، فينقل ملكه إليه • قال الزركشي : وهذا اتباع مصلحة مرسله •

قال الزركشي : وكذا قال في الغاصب — تكثر تصرفاته في المال المغصوب — إن للمالك إجازة تصرفاته ، مع أن الملك شرط لصحة العقد والإجازة عند بطلانه من الفضولي (٢) ، ولكن إذا كثرت التصرفات وظهر العسر اقتضت المصلحة ذلك (٣) •

٣ — ما ذكره الزنجاني [تخريج : ١٧٠ — ١٧٣] بعد تقريره تمسك الشافعي بالمصالح المستندة إلى كلي الشرع — فقال :

(١) الأم : ٥٠/٧ وانظر ضوابط المصلحة : ٣٧٨ — ٣٨٠

(٢) هو الذي يتصرف في ملك غيره بيعاً ونحوه ، فتوقف تصرفاته على إجازة المالك لدى بعض المذاهب ، ولدى بعضها تصرفه باطل أصلاً •

(٣) البحر المحيط للزركشي : مخطوط في مكتبة جامع الأزهر — تحت الرقم

الخاص ٢٠

وقتل الجماعة بالواحد من هذا القبيل عند الشافعي رضي الله عنه ، فإنه عدوان وحيث^(١) في صورته ، من حيث إن الله تعالى قيد الجزاء بالمثل فقال : « وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم به » / النحل : ١٢٦ / . ثم عدل أهل الإجماع عن الأصل المتفق عليه لحكمة كلية ومصلحة معقولة ، وذلك أن المماثلة لو روعيت ههنا لأفضى الأمر إلى سفك الدماء المفضي إلى الفناء ، إذ الغالب وقوع القتل بصفة الشركة ، فإن الواحد يقاوم الواحد غالباً ، فعند ذلك يصير الحيف في هذا القتل عدلاً ، عند ملاحظة العدل المتوقع منه ، والعدل فيه جور عند النظر إلى الجور المتوقع منه ، فقلنا بوجوب القتل دفعاً لأعظم الظلمين بأيسرهما . وهذه مصلحة لم يشهد لها أصل معين في الشرع ، ولا دل عليها نص كتاب ولا سنة ، بل هي مستندة إلى كلي الشرع ، وهو : حفظ قانونه في حقن الدماء ، مبالغة في حسم مواد القتل ، واستبقاء جنس الإنس .

وقال أيضاً : فتفرع عن هذا الأصل : أن القتل بالمثل يوجب القصاص عند الشافعي رضي الله عنه ، فإنه باب لو فتح لاتخذ طريقاً إلى سفك الدماء ، وقد رأينا الشرع قتل الألف بواحد حسماً لمواد القتل ، فوجب أن يقتل القاتل بالمثل حسماً لمواد القتل .

قال : ولهذه الحكمة وجب القصاص على المكره المتسبب في القتل ، فجعل الشافعي رضي الله عنه قتل الجماعة بالواحد أصلاً ، ثم ألحق به المثل ، ثم ألحق به المكره على القتل ، ثم تدرج من الإكراه إلى شهود القصاص ، كل ذلك مبالغة في حقن الدماء .

٣ - الاستصلاح لدى الحنابلة :

على الرغم من أن أتباع الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - لم ينصوا على اسم المصالح المرسلة في جملة ما نصوا عليه من أصوله التي اعتمدها في الاجتهاد - بل إنهم صرحوا بإنكارها ، كما نقلنا عن ابن قدامة^(٢) - فإنه لم يكن بمنجاة عن

(١) الحيف : الجور والظلم .

(٢) انظر : صفحة [٤٢] فقرة [٤] .

الأخذ بها ، وسبب عدم ذكرها في أصول اجتهاده أنه لم يكن يعد الاستصلاح أصلاً
خاصاً ، بل كان يعتبره معنى من معاني القياس •

ومما يدل على أخذ أحمد وأصحابه بذلك ما نقله ابن القيم في كتابه إعلام
الموقعين فقال :

وهذه نبذة يسيرة من كلام الإمام أحمد رحمه الله في السياسة الشرعية :

— قال في رواية المروزي وابن منصور : والمخنث ينفي ، لأنه لا يقع منه إلا
الفساد والتعرض له ، ولالإمام تفيه إلى بلد يأمن فساد أهله ، وإن خاف به عليهم
حبسه •

— وقال في رواية حنبل — فيمن شرب خمرأ في نهار رمضان ، أو أتى شيئاً نحو
هذا — أقيم الحد عليه ، وغلظ عليه ، مثل الذي يقتل في الحرم دية وثلاث •

— وقال في رواية حرب : إذا أتت المرأة المرأة تعاقبان وتؤدبان •

— ونص الإمام أحمد رضي الله عنه فيمن طعن على الصحابة : أنه قد وجب على
السلطان عقوبته • وليس للسلطان أن يعفو عنه ، بل يعاقبه ويستتيه ، فإن تاب
وإلا أعاد العقوبة •

ثم قال ابن القيم :

— وصرح أصحابنا في أن النساء : إذا خيف عليهن المساحقة حرم خلوة بعضهن
ببعض •

— وصرحوا بأن من أسلم وتحتة أختان : فإنه يجبر على اختيار إحداهما ، فإن
أبى ضرب حتى يختار ، قالوا : هكذا كل من وجب عليه حق فامتنع من أدائه ، فإنه
يضرب حتى يؤديه (١) •

هذه بعض النقول من فقه المذاهب وأصولها تبين لنا اعتماد الجميع على
الاستصلاح على وجه الإجمال ، وإن كانوا يختلفون في مدى الاعتماد عليه ، أو
اعتماده على وجه الاستقلال أحياناً ، أو على سبيل الاستئناس أحياناً أخرى •

(١) اعلام الموقعين : ٣٧٧/٤ — ٣٧٨ • وانظر ابن حنبل : ٢٩٧ ، ضوابط المصلحة :

٣٤٨ ، أثر الاختلاف ٤٤٦ •

ادلة القائلين بالاستصلاح :

احتج هؤلاء بأدلة عدة منها :

١ - ثبت بالاستقراء ^(١) أن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد ، وأن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضر عنهم ، فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعي - بنص أو إجماع ، أو بقياس على ما فيه نص أو إجماع - يتبع فيها هذا الحكم ، لأنه يحقق المصلحة ، وأما إذا لم يوجد نص ولا إجماع على الحكم في الواقعة ، ولا قياس عليهما - وكان فيها مصلحة - غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع - لأنه حينما وجدت المصلحة فشم شرع الله تعالى - وتأخذ هذه الواقعة حكماً شرعياً ، بناء على ما يتوخى فيها من مصلحة .

٢ - أن أصحاب النبي ﷺ عملوا أموراً كثيرة لم يتقدم لها شاهد بالاعتبار ، وإنما عملوها لمطلق ما فيها من مصلحة ، وما وقفوا مكتوفي الأيدي ، تاركين الكثير مسافراً وجد من الحوادث - بعد وفاة رسول الله ﷺ - لأنه لم يشهد باعتباره ما فيها من مصلحة دليل من الشارع ، بل إنهم شرعوا لهذه الحوادث من الأحكام ما رأوا أن فيه تحقيق المصلحة مما يجلب النفع أو يدفع الضرر ، حسبما أدركته عقولهم ، واعتبروا ذلك كافياً لبناء الأحكام والتشريع ، وحوادثهم في ذلك كثيرة ومشهورة ^(٢) .

٣ - أن الوقائع والحوادث الجزئية لانهائية لها ولا حصر ، فالبيئات تتغير وتتطور ، والضرورات والحاجات تطرأ ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة ، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ما كانت تستوجبها البيئة من قبل ،

(١) الاستقراء : في المصباح المنير : استقرت الأشياء تتبعت أفرادها لمعرفة أحوالها وخواصها .

(٢) انظر في هذه الحوادث : الاعتصام : ١١٥/٢ وما بعدها ، شرح تنقيح الفصول : ١٩٩

وعلى هذا : فالأحكام التي تحتاجها هذه الوقائع لاحصر لها ، والأصول الجزئية التي تقبس منها المعاني والعلل محصورة متناهية ، والمتناهي لا يفي بغير المتناهي ، فلا بد إذن من طريق آخر يتوصل بها إلى إثبات الأحكام الجزئية ، وهذه الطريق هي النظر إلى ما في هذه الوقائع من جلب النفع ودفع الضرر وترتيب الحكم على ذلك ، استناداً إلى مقاصد الشرع على نحو كلي ، وهذا هو الاستصلاح .

وكذلك قد يؤدي تغيير أخلاق الناس وذمهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة ، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح لضاعت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد ، وقصرت عن حاجاتهم ، ولم تصلح لمسايرة مختلف الأماكن والأزمان والبيئات والأحوال ، وهذا خلاف المعهود فيها من المرونة والشمول والاتساع .

٤ - أن مجال العمل بالاستصلاح إنما هو في المعاملات ونحوها ، مما هو من قبيل العادات ، والأصل في هذا النوع من التكاليفات الالتفات إلى المعاني والبواعث التي شرعت من أجلها الأحكام باتفاق الفقهاء ، وهذه المعاني والبواعث إنما هي المصالح التي بنيت عليها هذه الأحكام ، فهي إذن مصالح معقولة : يدرك العقل فيها حسن ما طالب به الشرع ، وقبح ما نهى عنه ، والله سبحانه أوجب علينا ما تدرك عقولنا نفعه ، وحرم علينا ما تدرك عقولنا ضرره ، فإذا حدثت واقعة لاحكم للشارع فيها ، وبني المجتهد حكمه فيها على ما أدركه عقله من نفع أو ضرر - بناء على أن الإذن في شرع الله يدور مع المصلحة أينما دارت - كان حكمه على أساس صحيح معتبر لدى الشارع^(١) .

ولقد استدل الرازي في [المحصول : ٨٢٢/٢ - ٨٢٥] - على وجوب القطع بكون الاستصلاح حجة - بالمنقول والمعقول :

(١) الموافقات : ٣٠٠/٢ - ٣٠٤ ، الاعتصام : ١١٥/٢ ، شرح تنقيح الفصول :

١٩٩ ، تخريج الفروع على الأصول : ١٦٩ - ١٧١

١ - أما المنقول : فالنص والإجماع :

— أما النص : فهو قوله تعالى : « فاعتبروا يا أولي الأبصار » / الحشر : ٢ /
فهو أمر بالمجازة ، والاستدلال بكون الشيء مصلحة على كونه مشروعاً مجاوزة ،
فيدخل تحت النص •

— أما الإجماع : فهو أن من تتبع أحوال الصحابة واجتهاداتهم علم — قطعاً —
أن ما وضعه الفقهاء الأصوليون من الشرائط المعتبرة في تقرير الأقيسة ، وشرائط
العلة والأصل والفرع ، ما كان الصحابة يلتفتون إليها ، وإنما كانوا يراعون المصالح
وينظرون إلى المعاني ، التي علموا أن القصد من الشرائع رعايتها •

٢ - وأما المعقول :

فإننا إذا قطعنا بأن المصلحة الغالبة على المفسدة معتبرة قطعاً عند الشارع — لأن
ترك الخير الكبير لأجل الشر القليل شر كثير — ثم غلب على ظننا أن هذا الحكم في
هذه الحادثة مصلحته غالبة على مفسدته ، تولد لدينا من هاتين المقدمتين ظن بأن
هذه المصلحة معتبرة شرعاً ، وإذا ثبت ظن اعتبارها شرعاً وجب العمل بها ، لأن العمل
بالظن واجب شرعاً •

ثم قال : بعد تقرير هذه الأدلة : فدل مجموع ما ذكرنا على جواز التمسك
بالمصالح المرسلة •

والظاهر أن المراد بالجواز ليس على ظاهره ، لأنه ذكر الوجوب قبل الاستدلال
له بقوله : إذا ثبت هذا وجب القطع بكونه حجة للمعقول والمنقول • ثم ذكر ما سبق
من استدلال •

ما احتج به النافون للاستصلاح :

١ — أن المصالح المرسلة مترددة بين ما عهد من الشارع إلغائه من المصالح
وبين ما عهد منه اعتباره ، وليس إلحاقها بالمعتبر بأولى من إلحاقها بالملغى ، فيمتنع
الاحتجاج بها حتى يشهد لها شاهد يدل على أنها من قبيل المعتبر لا الملغى • على أن

احتمال إلحاقها بأحد النوعين مجال للأهواء والشهوات ، فقد يغلب على المرء هواء ، فيرى عين المفسدة مصلحة والمضرة منفعة ، وعلى هذا : فالتشريع بناء على المصلحة المرسله عرضة للزلل ، وباب للتشريع بالهوى ، فيمنع •

٢ - أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع : إما بتشريع أحكام لها ، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها ، فما لم يشرع له الشارع أحكاماً ، مما يظن أنه من مصالح الناس ، ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار ، لا يصح بناء الحكم الشرعي عليه • والاستصلاح إنما هو بناء الحكم على مصلحة لم يعتبرها الشارع ، ولم يدل على اعتبارها ، فلا يكون الحكم المستفاد منه حكماً شرعياً •

٣ - ما استدل به الشافعي رحمه الله تعالى في إبطال القول بالاستحسان ، وملخصه :

أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى ، من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم ، وكان ذلك فيما شرعه لهم من أحكام في كتابه وعلى لسان رسوله ﷺ ، وفيما هدى إليه أهل العلم فأجمعوا فيه على حكم لم يختلفوا فيه ، وفيما أرشدهم إليه - إن تنازعوا في شيء ليس فيه حكم لله ولا لرسوله ، ولم يجمع عليه أهل العلم - أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه ، وبهذا أكمل لهم شرعه وأنتم عليهم نعمته • ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ، ومما أرشد إلى الاهتداء به ، لبينه ولم يتركه ، لأنه سبحانه لم يترك الإنسان سدى (١) •

وهذا بناء على ما مر من أن الاستحسان في تعبير الشافعي رحمه الله تعالى يشمل الاستصلاح والاستحسان في اصطلاح الأصوليين والفقهاء •

(١) الإحكام : ١٤٠/٤ ، العضد على ابن الحاجب : ٢٨٩/٢ ، الام : ٢٧٠/٧ ،

مصادر التشريع : ٩١ - ٩٥

شروط العمل بالمصلحة المرسلّة :

ولقد لاحظ الدارسون للمذهب المالكي ، المتعرفون لمناهج الاستنباط فيه : أن استرسال مالك في الأخذ بالمصالح المرسلّة كان يتجه فيه إلى قيود تنفي محاذيره حتى لا يكون تقدير المصلحة تابعاً للأهواء والشهوات ، وتلك القيود هي :

١ - الملاءمة بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع في الجملة ، بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته القطعية، بل تكون من جنس المصالح الكلية التي قصد الشارع إلى تحصيلها ، أو قرينة منها ليست غريبة عنها ، وإن لم يشهد لها دليل خاص بالاعتبار .

٢ - أن تكون معقولة في ذاتها ، جرت على المناسبات المعقولة التي إذا عرضت على أهل العقول تلقّتها بالقبول ، وأن لا تكون في التعبدات أو ما جرى مجراها من المقدرات .

٣ - أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري ، أو رفع حرج لازم في الدين ، بحيث لو لم يؤخذ بتلك المصلحة المعقولة في موضعها لكان الناس في حرج ، والله تعالى يقول : « وما جعل عليكم في الدين من حرج »^(١) / الحج : ٧٨ / .

وختاماً للبحث : الذي يترجح عندي - والله أعلم - أن العمل بالمصالح المرسلّة والقول بالاستصلاح - بشروطه وقيوده التي ذكرها العلماء - أمر سائغ مقبول ، يتفق مع روح الشريعة الإسلامية التي جاءت برعاية مصالح العباد ، فطلبت منهم - أو أباحت لهم - كل ما يجلب لهم النفع ، وحرمت عليهم - أو كرهت لهم - كل ما يحقق لهم ضرراً أو يجلب لهم مفسدة .

(١) الاغتصام : ١٢٩/٢ - ١٣٣ ، وانظر مالك : ٤٠٢ ، ابن حنبل : ٣٠٢ . هذا وقد ذكر الفزالي أنه يشترط - لاعتبار المصلحة - أن تكون ضرورية وعامة وقطعية ، انظر المستصفى : ١٤١/١ وما بعدها ، مصادر التشريع الإسلامي : ٩٩ .

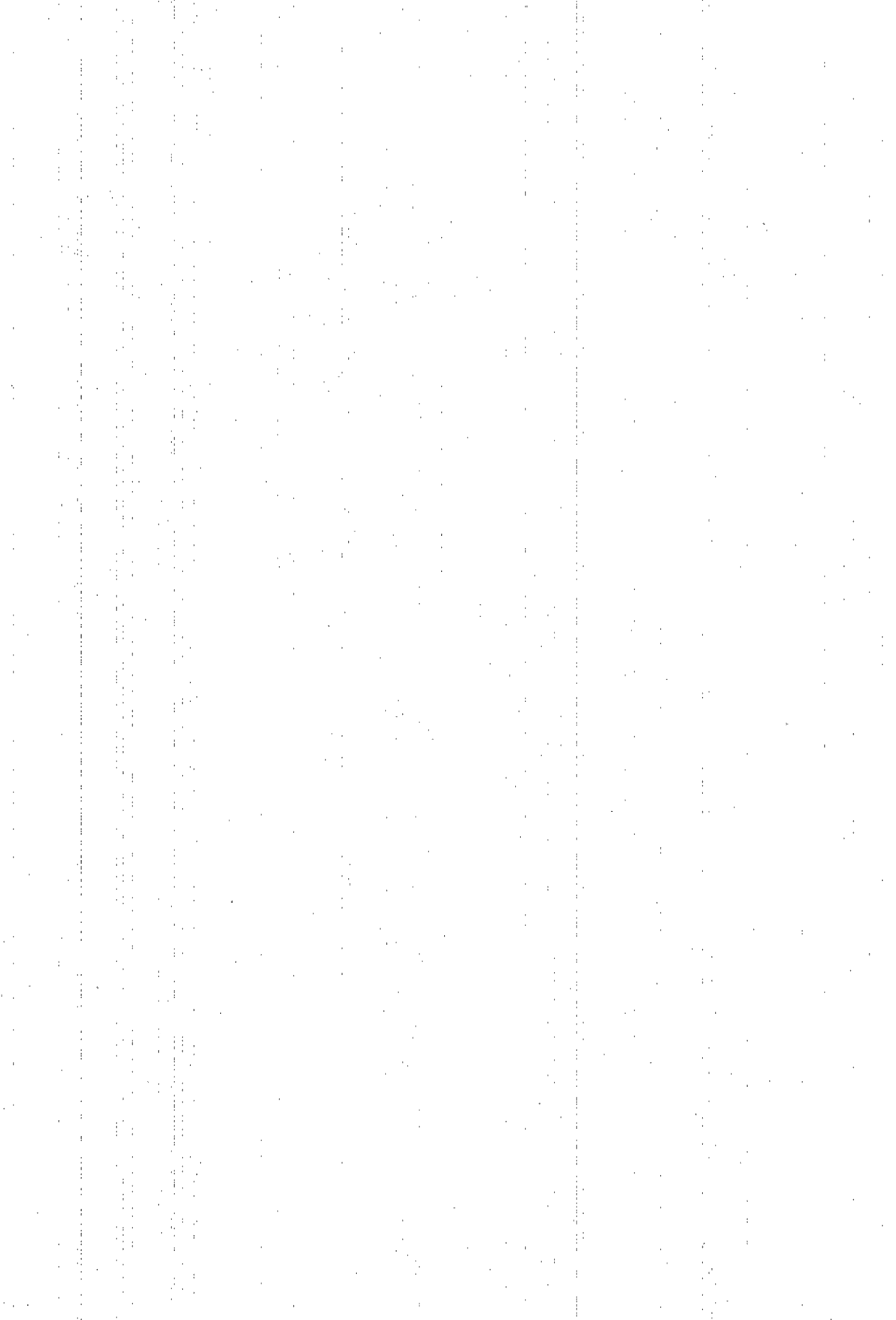
والذي يؤيد هذا الترجيح النصوص الكثيرة المأثورة عن الشارع ، والتي تعلق الأحكام بمصالح العباد^(١) ، وما أثر عن الصحابة رضي الله عنهم من رعاية المصالح في كثير من فتاواهم وقضاياهم ، وكذلك فعل — من بعدهم — التابعون والأئمة المجتهدون^(٢) ، ولا أدل على هذا مما ذكرناه من أقوال مشاهير الفقهاء والأصوليين ، وما نقلناه من شواهد في فقه الأئمة المعبرين . وما نراه من اختلاف في الفروع التي اعتمد فيها بعضهم على المصلحة المرسلّة ، وخالفه فيها غيره أو وافقه ، إنما هو راجع إلى التوسع في هذا الباب أو التضييق ، وترجيح بعض الأدلة لدى الأئمة على بعض .

وما نسب إلى بعض الأئمة من إنكارهم للعمل بالمصلحة إنما هو منصب على ما يتوهم أنه مصلحة ، ويؤخذ به مجرداً عن كل قيد وشرط ، وهذا مما لا شك أنه باطل ومردود . ولا يقول به أحد من المسلمين ، فضلاً عن الأئمة المجتهدين ، رحمهم الله تعالى ورضي عنهم .



(١) انظر الموافقات في أكثر من موضع في الجزء الثاني منه .

(٢) انظر ضوابط المصلحة : الاستصلاح لدى الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة .



الفصل الثاني

أثر الاستصلاح في اختلاف الفقهاء

وفيه المسائل الآتية :

- ١ - ضمان المبيع قبل القبض
- ٢ - رد المعيب من المبيعات
- ٣ - تضمين الصنّاع
- ٤ - ضمان الرهن
- ٥ - اشتراك العصبة وذوي السهام في الشفعة
- ٦ - تعليق طلاق الأجنبية على الزواج منها
- ٧ - تطليق القاضي على المولي
- ٨ - قتل الجماعة بالواحد
- ٩ - قطع الأيدي باليد الواحدة
- ١٠ - مشاركة من لا قصاص عليه في القتل
- ١١ - تغريب الزاني البكر
- ١٢ - الغرم على السارق
- ١٣ - شهادة الصبيان في الجراح
- ١٤ - تحليف المدعى عليه
- ١٥ - حبس المدين المدعى المفلس

رغم ما ذكر من اعتماد الأئمة على المصالح ، ووجود الاستصلاح في فقههم ، فقد كان للقول به واعتباره دليلاً مستقلاً كبير أثر في اختلاف الأئمة في كثير من المسائل الفقهية، إذ وجد العديد من المسائل التي اعتمد فيها مالك رحمه الله تعالى على اعتبار المصالح المرسلة وترتيب الحكم عليها ، وقد خالفه غيره من الأئمة في الكثير من هذه المسائل ، وإذا وافقوه - أو وافقه بعضهم - في الحكم فلم يوافقوه لقولهم بالاستصلاح ، وإنما لدليل آخر قام عندهم ، فكان اتفاقهم على الحكم من باب توافق الأدلة وإن اختلفت المآخذ . على أننا نجدهم - جميعاً - أحياناً يستدلون بالمصلحة أو يدعمون استدلالهم بها كما أشرنا إلى ذلك .

وسأعرض في هذا الفصل - إن شاء الله تعالى - أبرز هذه المسائل ^(١) ، مبيناً قول كل إمام من الأئمة وحجته فيها .

المسألة الأولى : ضمان المبيع قبل القبض :

اتفق الأئمة على أن المشتري إذا قبض المبيع دخل في ضمانه ، واختلفوا في ضمانه قبل القبض : هل هو من ضمان البائع أو من ضمان المشتري ؟ .

١ - ذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى إلى : أن المبيع لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه ، فإن أصابه شيء قبل القبض كان من ضمان البائع . قال النووي في المنهاج [٦٥/٢] : المبيع قبل قبضه من ضمان البائع .

وقال الشافعي في الأم [٤/٣] : وإن تقابضا وهلكت السلعة في يد المشتري قبل التفرق أو الخيار ، فهو ضامن لقيمتها بالغاً ما بلغ ، كان أقل أو أكثر من ثمنها .

(١) يلاحظ أن بعض المسائل يمكن اعتبارها من نوع الاستحسان عند مالك رحمه الله تعالى ، الذي يشبه استحسان الحنفية ، ولكني أثرت ذكرها فيما يتفرع عن القول بالاستصلاح ، لأن الاستحسان فرع منه عند المالكية ، وداخل فيه .

لأن البيع لم يتم فيها . وإن هلك في يد البائع قبل قبض المشتري لها - وقبل التفرق أو بعده - انفسخ البيع بينهما . ولا تكون من ضمان المشتري حتى يقبضها .

وقال ابن الهمام في فتح القدير [١٠٩/٥] : وما لم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه .

٢ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى أن المبيع - إذا كان طعاماً - لا يدخل في ضمان المشتري إلا بعد القبض ، وأما غير الطعام : فإنه يدخل في ضمانه وإن لم يقبضه .

قال الخرقي : إذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع ، وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ، وإن تلف فهو من مال المشتري .

والمراد بالمكيل والموزون والمعدود هنا الطعام ، وما عداه غير الطعام .

وقال القاضي وأصحابه : المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بمتعين منه ، كالقفيز من صبرة . . فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري ، كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم ، قال في رواية أبي الحارث : في رجل اشترى طعاماً ، فطلب من يحمله ، فرجع وقد احترق الطعام ، فهو من مال المشتري .

قال ابن قدامة : ونقل عن أحمد أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه ، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو لم يكن . قال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل : أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام . قال ابن قدامة : وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه . [المفتي : ٤ / ٨٢ - ٨٤] .

٣ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى التفريق : بين ما يجب فيه على البائع حق توفيه ، وما لا يجب فيه حق توفيه ، وبين ما هو حاضر ، وما هو غائب .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ١٨٤] : وأما مالك فله في ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب على أقسام :

- بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل أو عدد •
- وبيع ليس فيه حق توفية ، وهذا : الجزاف أو مالا يوزن ولا يكال ولا يعد •
- فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض •
- وأما ما ليس فيه حق توفية :
- وهو حاضر ، فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه •
- وأما المبيع الغائب : فعن مالك فيه ثلاث روايات :
- أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المشتري •
- أنه من المتبع إلا أن يشترطه على البائع •
- الفرق بين ماليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء ، كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء •

- ٤ — وذهب أهل الظاهر إلى أن المبيع يدخل في ضمان المشتري بالعقد •
- جاء في المحلى لابن حزم [٣٤٣/٩] : ١٤٢٢ — مسألة : وكل بيع صح وتم ، فهلك المبيع إثر تمام البيع ، فمصييته من المتباع ، ولا رجوع له على البائع •

الأدلة :

١ — عمدة القائلين بعدم الضمان قبل القبض مطلقاً :

ماورد من النهي عن بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن ، فإن المراد بربح مالم يضمن هو بيع المبيع قبل قبضه ، وهذا يدل على أن المبيع قبل القبض غير داخل في ضمان المشتري ، ولذلك كان يبعه له ربح مالم يضمن •

وكذلك المشتري ليس له حق التصرف في المبيع قبل القبض ، فكما أنه لا يجوز له بيعه لا يجوز له هبته أو أي تصرف آخر فيه ، ولو كان داخلاً في ضمانه قبل القبض لجاز تصرفه فيه • وهذا المعنى متحقق في كل مبيع ، لافرق في ذلك بين مبيع وآخر ، للأدلة الآتية :

— حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : يا رسول الله إني أبيع يوعاً كثيرة ، فما يحل لي منها مما يحرم ؟ قال : (لا تبع ما لم تقبضه) ^(١) وهذا عام في كل مبيع .

— حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه : أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم . رواه أبو داود [٢٨٢/٣] وسكت عنه . وهذا أيضاً ظاهر في المطلوب .

— حديث : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه) [البخاري : ٨٨/٣] قال ابن عباس رضي الله عنهما : ولا أحسب كل شيء إلا مثله [البخاري : ٨٩/٣] . قال الشافعي رحمه الله [الأم : ٦٠/٣] بعد ذكره قول ابن عباس رضي الله عنهما : وبهذا نأخذ ، فمن ابتاع شيئاً كائناً ما كان فليس له أن يبيعه حتى يقبضه ، وذلك أن من باع مالم يقبض فقد دخل في المعنى الذي يروي بعض الناس عن النبي ﷺ : أنه قال لعتاب بن أسيد حين وجهه إلى أهل مكة : (انهم عن بيع مالم يقبضوا وربح مالم يضمنوا) . قال : هذا بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن ، وهذا القياس على حديث النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام حتى يقبض . [المجموع : ٢٩٦/٩ ، مغني المحتاج : ٦٥/٢ — ٦٨ ، بداية المجتهد : ١٨٤/٢]

٢ — حجة الحنابلة :

١ — في عدم ضمان الطعام :

أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعموم قوله ﷺ : (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه) وفي رواية : (حتى يقبضه) [البخاري : ٨٩/٣ ، ٩٠] ومفهومها إباحة ما سوى الطعام قبل قبضه .

(١) قال الشوكاني : حديث حكيم بن حزام رواه أحمد ، وأخرجه الطبراني في الكبير ، وفي إسناده العلاء بن خالد الواسطي ، وثقه ابن حبان ، وضعفه موسى بن إسماعيل . نيل الأوطار : ١٦٨/٥

— حديث ابن عمر رضي الله عنهما : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة (١) يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم • وعنه كنا نشتري الطعام من الركبان فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه [البخاري : ٣ / ٨٩ ، ٩٠] وهذان الحديثان نص في النهي عن بيع المعين من الطعام قبل قبضه •

— قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن قوله : نهى عن ربح مالم يضمن ؟ قال : هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه •
قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه •

قال ابن قدامة : وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام ، مع تنقيصه على المبيع مجازفة بالمنع ، ويدل بمفهومه على أن ماعدا الطعام يخالفه في ذلك •
قال : ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض •
ب — حجتهم في ضمان غير الطعام : قوله ﷺ : (الخراج بالضمان) (٢) ، والاتفاق على أن نماء المبيع وخراجه قبل القبض للمشتري ، فضمانه عليه •
— وقالوا : ولأن هذا المبيع لا يتعلق به حق توفيه ، وهو من ضمانه بعد قبضه ، فكان من ضمانه قبله ، كالميراث •

— وقالوا : وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له (٣) •

(١) الجزاف والمجازفة : بيع الشيء أو شراؤه دون أن يعلم كيله أو وزنه •

(٢) أخرجه أبو داود عن عائشة رضي الله عنها : ٢٨٤/٣ ، وكذلك ابن ماجه : ٧٥٤/٢ وغيرهما •

(٣) المفتي ٨٣/٤ - ٨٥

٣ - حجة المالكية :

وأما مالك رحمه الله تعالى : فعمدته في التفضيل الذي ذهب إليه المصلحة المرسلة .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [١٨٤/٢] : وأما تفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه حق توفية وماليس فيه حق توفية استحسان ، ومعنى الاستحسان عنده في أكثر الأحيان التفات إلى المصلحة والعدل . ووجه هذه المصلحة - على ما يبدو - أن المبيع الذي فيه حق توفية من كيل أو عد أو وزن ، والمبيع الغائب : كل منهما ليس للمشتري سلطة عليه ، ولا يتيسر له إحرازه ، لأن إحرازهما يتوقف على الكيل وغيره في الأول ، حتى يتميز المبيع عما سواه ، وعلى الإحضار في الثاني ، فإذا قلنا : دخل المبيع في ضمان المشتري فيهما قبل القبض ، كان في ذلك ظلم له وإجحاف في حقه ، لأنه ربما قصر البائع بالتوفية أو الإحضار ، لعلمه بخروج المبيع من ضمانه ، وبالتالي يعرض المبيع للتلف قبل القبض ويضيع مال المشتري . وهذا المعنى غير متوفر إذا كان المبيع حاضراً ولا يحتاج إلى كيل أو وزن أو سواه ، لأن المشتري مسلط عليه ، وإحرازه غير متوقف على شيء ، فيمكنه قبضه ، وليس في دخوله في ضمانه قبل القبض عنت له ، بل ربما لو علم أنه غير ضامن له لقصر في قبضه ، فكان في ذلك عنت للبائع ، والله أعلم .

٤ - وأما الذين قالوا بدخوله في ضمان المشتري قبل القبض مطلقاً : فحجتهم الاتفاق على أن الخراج قبل القبض للمشتري ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : (الخراج بالضمان) [بداية المجتهد : ١٨٤/٢] .

المسألة الثانية : رد المعيب من المبيعات :

إذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة ، فوجد أحدها معيباً ، فهل يرجع بالجميع ، أو يرد الذي وجد فيه العيب خاصة ؟

اتفقوا - فيما إذا كان قد سمي ما لكل واحد من تلك المبيعات من القيمة - على أنه يرد المبيع المعيب بعينه فقط [بداية المجتهد : ١٧٧/٢] .

وكذلك : فيما إذا كان أحد المبيعين أو المبيعات تتصل منفعته بالآخر أو ينقصه التفريق ، فلا اتفاق أيضاً على أنه يرد الجميع ، أو يمسك الجميع ويأخذ الأرض .
[المغني : ١٢١/٤ ، فتح القدير : ١٧٥/٥ ، مغني المحتاج : ٦٠/٢]

واختلفوا فيما إذا كان أحد المبيعات لا تتصل منفعته بغيره ولا ينقص بالتفريق ، ولم يسم في العقد مالكل واحد من المبيعات من القيمة ؟

١- ذهب الشافعي رحمه الله تعالى - في الأظهر من قوله - إلى أنه : ليس له إلا رد الجميع أو إمساك الجميع ، وليس له رد الميعب وحده .

قال المزني في مختصره [٢٠٢/٢] وقال في الإملاء على الموطأ : ولو اشترى جارتين فأصاب بإحدهما عيباً ، فليس له أن يردها بحصتها من الثمن .
وقال في المنهاج [٦٠/٢] : ولو ظهر عيب أحدهما دون الآخر ردهما ، لا الميعب وحده في الأظهر .

٢- وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : الأولى : كقول الشافعي ، والثانية : أنه يرد الميعب خاصة بقسطه من الثمن .

قال ابن قدامة في المغني [١٢١/٤] : وإن اشترى عيين فوجد بإحدهما عيباً : وكانا مما ينقصهما التفريق ، أو مما لا يجوز التفريق بينهما - كالولد مع أمه - فليس له إلا ردهما جميعاً ، أو إمساكهما وأخذ الأرض . وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان :

أ - ليس له إلا ردهما ، أو أخذ الأرض مع إمساكهما .

ب - له رد الميعب وإمساك الصحيح .

ولعل المذهب هو الرواية الثانية ، قال في غاية المنتهى [٤١/٢] : ومن اشترى معينين أو معيناً في وعاءين صفقة لم يملك رد أحدهما بقسطه إلا إن تلف الآخر ، ويقبل قوله يمينه في قيمة تالف ، ومع عيب أحدهما فقط فله رده بقسطه ، لا إن نقص بتفريق كمصراعي باب وزوجي خف .

٣ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أنه : إذا وجد العيب قبل القبض رد الجميع أو أمسك الجميع ، وإذا وجد بعد القبض رد المبيع خاصة •

قال ابن الهمام في فتح القدير [١٧٥/٥] : قال أصحابنا : إذا اشترى عبيد صفقة فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض رده خاصة ، وإن كان قبل القبض ردهما •

٤ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : إن كان المبيع وجه الصفقة ، وهو المقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن كذلك رده بقيته من الثمن •

قال ابن رشد : وفرق مالك فقال : ينظر في المبيع ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيته •

[بداية المجتهد : ١٧٧/٢ ، وانظر الموطأ : ٦١٥/٢]

الأدلة :

حجة الشافعي رحمه الله تعالى ومن قال بقواه في منع التبعض بالرد :

- أن فيه تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة •

قال في الإملاء : وذلك أنها صفقة واحدة فلا ترد إلا معاً ، كما لا يكون له

- لو بيع من دار ألف سهم وهو شفعيها - أن يأخذ بعض السهمان دون بعض •

- الفرر في جهالة الثمن ، وذلك أن المردود بالمبيع يرجع فيه بقيمة لم يتفق

عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ، ومن

الممكن أنه لو بعضت السلعة في العقد لم يشتتر البعض بالقيمة التي أقيم بها ، وذلك

لا يجوز ، كما في ابتداء العقد •

قال في الإملاء أيضاً : وإنما منعت أن يرد المبيع بحصته من الثمن أنه وقع غير

معلوم القيمة ، وإنما يعلم بعد ، وأي شيء عقدها برضاها عليه كذلك كان فاسداً ،

لا يجوز أن أقول : اشتري منك الجارية بهاتين الجاريتين على أن كل واحدة منهما

بقيتها منها ، ولو سميت أيتهما أرفع ، لأن ذلك على أمر غير معلوم •

[الأم : ٢٠٢/٢ هامش ، مغني المحتاج : ٦٠/٢] •

٢ - وحجة الرواية الثانية عن أحمد في رد الميعب خاصة :

أن المبيعات طالما لا تنقص بالتفريق ، لا يكون في رد الميعب خاصة ضرر على البائع ، وإذا كان رد الميعب على وجه لا ضرر فيه على البائع جاز ، كما لو رد الجميع . وحجته في الأولى كحجة الشافعي * [المغني : ١٢١/٤] *

٣ - وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في التفريق قبل القبض وبعده : أن القبض من تمام البيع ، لأن له شبهة بالعقد : فبالقبض يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ، وعلى هذا يكون القبض من تمام الصفقة . ورد الميعب وحده قبل القبض تفريق للصفقة قبل تمامها ، وتفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز ، لأنه كالتفريق في نفس العقد ، كما لو قال : بعتكما بألف ، فقال : قبلت في هذا بخمسائة فإنه لا يجوز .

وأما بعد القبض : فقد تمت الصفقة ، والتفريق بعد التمام جائز شرعاً ، بدليل أنه لو استحق أحدهما بعد القبض ليس له أن يرد الآخر ، بل يرجع بحصة المستحق على البائع ، مع أنه تفريق الصفقة على المشتري . والضرر الذي لزم البائع جاء من تدليسه ، لأن الظاهر أن البائع عالم بحال المبيع ، فلا يلزم المشتري ، وصار كما لو سمي لكل واحد ثمناً ، أو شرط الخيار في أحدهما لنفسه . [الهداية وشرحها : ١٧٤/٥ - ١٧٥] *

٤ - وأما مالك رحمه الله تعالى فحجته في هذه المسألة المصلحة المرسلة ، قال ابن رشد : وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك الميعب إذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به - أرادته المشتري أو البائع - وأما عندما يكون مقصوداً أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك [بداية المجتهد : ١٧٨/٢] *

ولمالك رحمه الله تعالى دليل آخر في هذه المسألة وهو عمل أهل المدينة ^(١) .

(١) سيأتي معنا - إن شاء الله تعالى - أن عمل أهل المدينة حجة عند مالك .

قال في الموطأ [٦١٥/٢] : الأمر عندنا - فيمن ابتاع رقيقاً في صفقة واحدة ، فوجد في ذلك الرقيق عبداً مسروقاً ، أو وجد بعبد منهم عيباً ، أنه ينظر فيما وجد مسروقاً ، أو وجد به عيباً : فإن كان هو وجه ذلك الرقيق ، أو أكثره ثمناً ، أو من أجله اشترى ، وهو الذي فيه الفضل فيما يرى الناس ، كان ذلك البيع مردوداً كله . وإن كان الذي وجد مسروقاً ، أو وجد به العيب من ذلك الرقيق في الشيء اليسير منه ، ليس هو وجه ذلك الرقيق ، ولا من أجله اشترى ، ولا فيه الفضل فيما يرى الناس ، رد ذلك الذي وجد به العيب ، أو وجد مسروقاً بعينه ، بقدر قيمته من الثمن الذي اشترى به أولئك الرقيق .

وواضح أن ذكر الرقيق هنا تمثيل وليس بتخصيص ، فما يقال في الرقيق يقال في غيره من المبيعات .

المسألة الثالثة : تضمين الصناع :

لا خلاف بين الأئمة في : أن الأجير الخاص ^(١) ليس بضامن لما هلك في يده - مما استؤجر عليه - إلا أن يتعدى ، فإذا تعدى فلا خلاف - أيضاً - أنه ضامن لما جنت يده .

واختلفوا في الأجير المشترك - وهو ما يسمونه بالصانع - هل يضمن ما ادعى هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليه ولو لم يتعد ، أو أنه لا يضمن إلا بالتعدي كالأجير الخاص ؟

(١) الاجراء على ضربين : خاص ومشترك :

فالخاص : هو الذي يقع معه على مدة معلومة ، يستحق المستاجر نفعه في جميع المدة ، ويستحق الأجر ولو لم يعمل شيئاً . وقيل : الذي يعمل في منزل المستاجر ، وقيل : هو الذي لم ينتصب للناس ، وذلك : كرجل استؤجر لخدمة ، أو عمل في بناء ، أو خياطة ، أو رعاية ، يوماً أو شهراً .

والمشترك : الذي يقع العقد معه على عمل معين : كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، وحمل شيء إلى مكان معين . ويتقبل أعمالاً لائنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ، ولا يستحق الأجر إلا بالعمل .

[انظر : الفنى ٣٨٨/٥ ، بداية المجتهد : ٢/٢٢٩ ، كشف الاسرار : ٣/٢١٨] .

١ - ذهب مالك وأحمد - رحمهما الله تعالى - إلى : أنه ضامن مطلقاً .

قال في بداية المجتهد [٢٢٩/٢] : وأما تضمين الصانع ما ادعوا هلاكه من
المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك : فقال مالك : . . . يضمنون
ماهلك عندهم .

وقال الخرقى : وما حدث في السلعة في يد الصانع ضمن . . .

قال ابن قدامة : الأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقى ، وهو ضامن
لما جنت يده . وقال : فالجائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمد على
هذه المسألة في رواية ابن منصور [المغني : ٣٨٨/٥] .

٢ - وذهب الشافعي وأبو حنيفة - وزفر من أصحابه - رحمهم الله تعالى إلى
أنه لا يضمن إلا بالتعدي .

جاء في الأم [٢٦٤/٣] : قال الربيع : الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيت
أنه لا ضمان على الصانع إلا ما جنت أيديهم ، ولم يكن ييوح بذلك خوفاً من
الضياع ^(١) .

وقال في بداية المبتدي [٢٠٠/٧ - ٢٠١] : الأجراء على ضربين : أجير مشترك،
وأجير خاص : فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ، والمتاع
أمانة في يده ، إن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر .
[انظر : كشف الأسرار : ٢١٨/٣ ، شروح المنار : ٧٣٥]

٣ - وذهب أبو يوسف ومحمد - من أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله تعالى
إلى أنه ضامن لما هلك في يده ، إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة
ونحوها ، فأما إذا لم يمكن الاحتراز عنه - كالغرق والحريق الغالب - فلا ضمان
عليه .

قال في بداية المبتدي [٢٠٠/٧ - ٢٠١] : ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب
كالهريق الغالب والعدو المكابر .

(١) اي : خوفاً من أن يتساهل الصانع فتضيع حقوق الناس .

الأدلة :

١ - القائلون بالتضمن :

أ - أما مالك رحمه الله تعالى : فعمدته في هذا العمل بالمصلحة المرسله • قال في بداية المجتهد : ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة •

ووجه هذه المصلحة أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم ، وفي الناس حاجة شديدة إليهم ، فكانت المصلحة في تضمينهم ، ليحافظوا على ما تحت أيديهم • [بداية المجتهد : ٢/ ٢٣٠ ، وانظر مالك : ٣٩٩] •

ب - واحتج أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى بعمل الصحابي^(١) ، وذلك : ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما : أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك • - وروي عن علي رضي الله عنه : أنه كان يضمن الأجراء ، ويضمن الصباغ والصواغ ويقول : لا يصلح الناس إلا هذا •

ودعم الحنابلة قولهم هذا : بأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه - ودليل ذلك : أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه - وإذا كان عمله مضموناً عليه ، وجب أن يكون ماتولد من العمل أيضاً مضموناً عليه •

ودعم الحنفية قول أبي يوسف ومحمد : بأن الحفظ مستحق على الصانع ، إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه - كالغصب والسرقة - كان التقصير من جهته فيضمنه • وقاسوا ذلك على الوديعة إذا كانت بأجر ، فإنه يضمن وإن كانت العين عنده أمانة ، ولذلك قالوا : لا يضمن إذا هلك بالحريق الغالب وغيره ، لأن التقصير لم يكن من جهته ، لأن الهلاك حصل بسبب لا يمكن الاحتراز عنه • ومن عمدتهما - أيضاً في هذه المسألة - الاستحسان ، فقد جاء في الهداية : لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما ، لصيانة أموال الناس •

(١) سيأتي بيان احتجاج الأئمة بمذهب الصحابي في الباب الخامس •

والظاهر : أن قولهما هو المفتى به عند الحنفية ، فقد جاء في حاشية سعدي جلبي : قال الزيلعي : وبقولهما يفتى اليوم ، لتغير أحوال الناس ، وبه يحصل صيانة أموالهم • [المغني : ٣٨٨/٥ - ٣٨٩ ، الهداية وشرحها : ٢٠٠/٧ - ٢٠٥] •

٢ - وأما القائلون بعدم الضمان :

فحجتهم في ذلك : القياس على الأجبر الخاص والمودع ، وذلك أن العين في يد كل منهم أمانة ، لأن القبض حصل بإذن المالك ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ، ولو كان مضموناً لضمنه ، كما في المغصوب •

ودعم الحنفية قول أبي حنيفة بأن الضمان نوعان : ضمان جبر ، وضمان شرط • وضمان الجبر : يجب بالتعدي والتفويت ، ولم يوجد ، لأن قطع يد المالك حصل بإذنه ، والحفظ لا يكون خيانة •

وضمان الشرط : يجب بالعقد ، ولم يوجد عقد موجب للضمان ، فبقيت العين أمانة في يده ، فلا يضمن بالهلاك كالوديعة •

[كشف : ٢١٨/٣ ، وانظر شروح المنار : ٧٣٥ ، الهداية وشروحها : ٢٠٠/٧ - ٢٠٥] •

وقال الشافعي في الأم [٢٦١/٣ - ٢٦٤] مبيناً حجة ومناقشاً لمخالفيه :

الأجراء كلهم سواء ، فإذا تلف في أيديهم شيء من جناتهم ، فلا يجوز أن يقال إلا واحد من قولين :

— أن يكون من أخذ الكراء على شيء ، كان له ضامناً حتى يؤديه على السلامة ، أو يضمنه ، أو مانقصة • ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجة أن يقول : الأمين هو من دفعت إليه راضياً بأمانته ، لا معطى أجراً على شيء مما دفعت إليه ، وإعطائي هذا الأجر ، تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل •

— أو يقول قائل : لا ضمان على أجبر بحال ، من قبيل أنه إنما يضمن من تعدي فأخذ ماله ، أو أخذ الشيء على منفعة له فيه : إما بتسلط على إتلافه ، كما يأخذ سلفاً ، فيكون ماله من ماله ، فيكون إن شاء ينفقه ويرد مثله •

وإما مستعير سلط على الاتقاع بما أعير ، فيضمن ، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه ،
لا لمنفعة صاحبه فيه •

وهذان معاً نقص على المسلف والمعير ، أو غير زيادة له ، والصانع والأجير :
من كان ليس في هذا المعنى ، فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده ، كما يضمن المودع
ما جنت يده •

وإذا ثبت أنه لاضمان على الأجراء ، فلا فرق بين أجير وأجير إلا بدليل ولا
دليل على الفرق • قال الشافعي : وليس في هذا سنة أعلمها ، ولا أثر يصح عند أهل
الحديث ، عن أحد أصحاب النبي ﷺ • وقد روي فيه شيء عن عمر وعلي ليس
يثبت عند أهل الحديث عنهما ، ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الأجراء من
كانوا ، فيضمن أجير الرجل وحده ، والأجير المشترك ، والأجير على الحفظ والرعي
وحمل المتاع ، والأجير على الشيء يصنعه ، لأن عمر : إن كان ضمن الصانع ، فليس
في تضمينه لهم معنى إلا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا ، فكل
من كان أخذ أجراً فهو في معناهم • وإن كان علي رضي الله عنه : ضمن القصار
والصائغ فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجرة • وقد يقال للراعي : صناعته الرعية ،
وللحمال : صناعته الحمل للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولاً : من
التضمنين أو ترك التضمنين •

وقال : وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال : لاضمان على صانع ولا على
أجير ، فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع : فلا مسألة فيه فهم ضامنون ، كما يضمن
المستودع ما جنت يده ، ولأن الجناية لا تبطل عن أحد ، وكذلك لو تعدوا ضمنوا •

المسألة الرابعة : ضمان الرهن في يد المرتهن :

اتفق الأئمة على أن الرهن إذا هلك بتعدي المرتهن فهو ضامن له • واختلفوا في
الرهن يهلك عند المرتهن من غير تعد منه ، هل هو من ضمان الراهن أو من ضمان
المرتهن ؟

١ - ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن الرهن أمانة في يد المرتهن ، والقول قوله مع يمينه أنه مفرط فيه وما جنى عليه ، فإذا هلك من غير تفريط ولا جناية فهو من الراهن .

قال في الأم [١٤٨/٣] : فإذا رهن الرجل شيئاً ، فقبضه المرتهن ، فهلك الرهن في يدي القابض فلا ضمان عليه ، والحق ثابت كما كان قبل الرهن . وقال : لا يضمن المرتهن ، ولا الموضوع على يديه الرهن من الرهن شيئاً ، إلا فيما يضمنان فيه الوديعة والأمانات من التعدي ، فإن تعدياً فيه فهما ضامنان ، ومالم يتعديا فالرهن بمنزلة الأمانة .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٩٧/٤] : إذا تعدى المرتهن في الرهن ، أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فإنه يضمن ، لانعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً ، لأنه في يده ، فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريطه ، كالوديعة . وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه ، وهو من مال الراهن .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن الرهن في يد المرتهن مضمون عليه : بالأقل من قيمته ومن الدين عند أبي حنيفة وصاحبيه . وبقيمته عند زفر .

قال في بداية المبتدي [فتح القدير : ١٩٨/٨] : وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه .

٣ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أن الرهن - إذا كان مما يعرف هلاكه من غير قول المرتهن - فهو أمانة في يده ، وما كان لا يعلم هلاكه إلا بقوله فهو ضامن له .

قال في بداية المجتهد : [٢٧٣/٢] : وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه - مثل الحيوان والعقار - مما لا يخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه ، ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ، ومن قال بهذا القول مالك .

الأدلة :

١ - حجة القائلين بأنه أمانة في يد المرتهن :

— الأثر : وهو ما روى ابن أبي ذئب : عن الزهري ، عن ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : (لا يفلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه) ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ مثله ، أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة ^(١) .

قال الشافعي بعد ذكره الحديث [الأم : ١٤٧/٣] : وبهذا نأخذ . وفيه دليل على أن جميع ما كان رهناً غير مضمون على المرتهن ، لأن رسول الله ﷺ إذ قال : (الرهن من صاحبه الذي رهنه) فمن كان منه شيء فضمانه منه لا من غيره ، ثم زاد فأكد له فقال : (له غنمه وعليه غرمه) وغنمه : سلامته وزيادته ، وغرمه : عطبه ونقصه ، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكه لا من مرتته .

— القياس ، وذلك : أن الضمان إنما يكون بما تعدى الحابس بحبسه كالغصب ، أو بالمخاطرة بالمال كالمضارب بماله ، والمرتحن غير متعد بحبسه ، ولا مخاطر بارتهاقه ، والرهن ليس بهذا المعنى ، وإنما هو وثيقة عند المرتهن ، فلا يضمن ، كالزيادة على قدر الدين ، وكالكفيل والشاهد .

قال الشافعي : ولو لم يكن في الرهن خبر يتبع ، ماجاز القياس إلا أن يكون غير مضمون ، لأن صاحبه دفعه غير مغلوب عليه ، وسلط المرتحن على حبسه ، ولم يكن له إخراج من يديه حتى يوفيه حقه فيه ، فلا وجه لأن يضمن ، من قبل أنه إنما يضمن ما تعدى الحابس بحبسه : من غصب ، أو بيع عليه تسليمه فلا يسلمه ، أو عارية ملك الانتفاع بها دون مالكها فيضمنها ، كما يضمن السلف ، والرهن ليس في شيء من هذه المعاني .

(١) رواه مالك في الموطأ بلفظ : [لا يفلق الرهن] ونقل الزرقاني عن ابن عبد البر : أن الأصح إرساله ، وإن وصل من جهات كثيرة ، فكلها مغللة . قال : وزاد فيه بعض الرواة : له غنمه وعليه غرمه . واختلف في رفع هذه الزيادة ، وأنها من كلام ابن المسيب [الزرقاني على الموطأ : ٣٩٢/٤] .

وقال أيضاً : ملك الرهن لربه ، والمرتهن غير متعد بأخذه ، ولا مخاطر بارتهاؤه ،
لأنه لو كان إذا هلك بطل ماله كان مخاطراً بماله ، وإنما جعله الله تبارك وتعالى وثيقة
له ، وكان خيراً له ترك الارتهان بأن يكون ماله مضموناً في جميع مال غريمه •

— أن الرهن مقبوض بعقد واحد ، فإذا كان بعضه أمانة وجب أن يكون جميعه
أمانة ، كالدبيعة • وإذا ثبت أنه أمانة فلا فرق بين رهن ورهن •

قال الشافعي : وإذا لم يخص رسول الله ﷺ رهناً دون رهن ، فلا يجوز أن
يكون من الرهن مضمون ومنه غير مضمون ، لأن الأشياء لا تعدو : أن تكون أمانة
أو في حكمها ، فما ظهر هلاكه وخفي من الأمانة سواء ، أو مضمونة : فما ظهر هلاكه
وخفي من المضمون سواء ^(١) •

٢ — حجة القائلين بالضمان :

— السنة : قوله ﷺ للمرتهن — بعد ما تلقى فرس الرهن عنده — (ذهب
حقك) ^(٢) وحقه الدين ، فيكون ذاهباً بذهاب الرهن وهلاكه • وهذا يدل على أنه
مضمون عليه •

— قوله ﷺ : (إذا غمي الرهن فهو بما فيه) ^(٣) •

معناه — على ما قالوا : — إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك : فقال الراهن :
لا أدري كم كان قيمته ، وقال المرتهن ذلك أيضاً ، يكون الرهن بما فيه ، أي يذهب
الدين مقابل الرهن •

(١) الأم : ١٤٧/٣ وكذلك : ٢١٩/٢ هامش . المغني : ٢٩٧/٤

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية : أخرجه أبو داود في مراسيله عن ابن المبارك
عن مصعب بن ثابت عن عطاء . وقال : ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، وقال عبد الحق
في أحكامه : هو مرسل وضعيف . ٣٢١/٤

(٣) ذكره الزيلعي بلفظ : عمي . وقال : روي مسنداً ومرسلاً ، وذكر أن المسند
رواه الدارقطني في سننه وقال عنه : هذا لا يثبت ، وأما المرسل فرواه أبو داود في
مراسيله ، وقال عنه ابن القطان : مرسل صحيح . نصب الراية : ٣٢١/٤ — ٣٢٢

— الإجماع : وذلك أن الصحابة رضي الله عنهم — والتابعين من بعدهم — أجمعوا على أن الرهن مضمون * وإن كانوا قد اختلفوا في كيفية الضمان ، فقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة ، وروي عن ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالوا : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وكذا روي عن علي رضي الله عنه ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه مضمون بالدين ، واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون ، فالقول بكونه أمانة خرق للإجماع .

— المعقول : وذلك أن الحق الثابت للمرتهن ، والمتعلق بالرهن ، هو حق الاستيفاء ، وهذا يثبت من وجه ، لأنه يكون باليد والرقة ، وقد حصل بعضه — وهو الاستيفاء باليد — وتقرر بالهلاك ، فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى ذلك إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد ، وهو ربا * بخلاف مالو كان الرهن قائماً ، لأن الاستيفاء باليد ينتقض بالرد على الرهن ، فلا يتكرر^(١) .

٣ — وعمدة مالك رحمه الله تعالى : النظر إلى المصلحة الرسالة :

— ووجه هذه المصلحة : أن التهمة تلحق فيما لا يعلم هلاكه ، فيكون مضموناً ، ولا تلحق فيما يعلم هلاكه ، فيكون أمانة .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢٧٤/٢] : وأما تفريق مالك ومن قال بقوله — بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه — فهو استحسان ، ومعنى ذلك : أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه .

وقد ذكر ابن رشد في أكثر من موضع من كتابه : أن المراد بالاستحسان عند مالك رحمه الله تعالى هو العمل بالقياس المرسل وهو ما يسمى (بالمصالح الرسالة) عنده .

— والذي يدعم هذا القول عند مالك هو أنه عمل أهل المدينة ، وعليه إجماعهم .

(١) الهداية وشروحها : ١٩٤/٨ — ١٩٦

جاء في الموطأ [٧٣٠/٢] قال يحيى : سمعت مالكا يقول: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الرهن : أن ما كان من أمر يعرف هلاكه — من أرض أو دار أو حيوان — فهلك في يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن ، وأن ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئا . وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن ، فلا يعلم هلاكه إلا بقوله ، فهو من المرتهن ، وهو لقيمته ضامن .

والعمل بالمصلحة المرسلة حجة عند مالك وإن لم يدعمها دليل آخر ، فكيف إذا دعمها دليل آخر ، ولا سيما إجماع أهل المدينة الذي يقدم على القياس عنده .

المسألة الخامسة : اشتراك العصبة وذوي السهام في الشفعة :

اختلف الفقهاء في دخول الشركاء — الذين هم عصبة — مع الشركاء — الذين تكون شركتهم من قبل السهم الواحد — في الشفعة ، وبالعكس .

وصورة المسألة : أن يموت رجل ويترك عقاراً ترثه عنه : بنتان وابنا عم ، ثم تبيع البنت الواحدة حظها ، هل الشفعة للبنت وابني العم أو للبنت فقط ؟ وكذلك إذا باع أحد ابني العم حظه ، هل للبنت حق الاشتراك في الشفعة ؟ وللمسألة صور أخرى مشابهة .

١ — ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه يدخل ذوو السهام على العصبة ، ولا يدخل العصبة على ذوي السهام .

قال في بداية المجتهد [٢٥٧/٢] : قال مالك : أهل السهم الواحد أحق بالشفعة — إذا باع أحدهم — من الأشرار معهم في المال من قبل التعصيب ، وأنه لا يدخل ذوو العصبة في الشفعة على أهل السهام المقدرة ، ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب . [الأشرار : جمع شريك] .

وجاء في الموطأ [٧١٥/٢] : قال مالك في الرجل يورث الأرض نفراً من ولده ، ثم يولد لأحد النفرة ، ثم يهلك الأب ، فيبيع أحد ولد الميت حقه في تلك الأرض : فإن أخا البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه .

٢ - وذهب الشافعي - في أصح قوليهِ - وأحمد ، رحمهما الله تعالى ، إلى :
أن جميع الشركاء في استحقاق الشفعة سواء ، وأنه يدخل العصبة على ذوي السهام ،
كما يدخل ذوو السهام على العصبة •

قال المزني في مختصره [٥١/٣] : قال الشافعي رحمه الله تعالى : ولو ورثه
رجلان ، فمات أحدهما - وله ابنان - فباع أحدهما نصيبه ، فأراد أخوه الشفعة
دون عمه ، فكلاهما سواء •

قال المزني : هذا أصح من أحد قوليهِ : إن أخاه أحق بنصيبه •

قال في مغني المحتاج [٣٠٥/٢] : ولو مات مالك أرض عن ابنين ، ثم مات
أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، ثبتت الشفعة للعم والأخ •

وقال ابن قدامة في المغني [٢٧٠/٥] : ولو ورث أخوان داراً ، أو اشتريهاها
نصفين ، أو غير ذلك ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين
أخيه وعمه •

وقال : وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين ، فباع إحدى الأختين
نصيبها ، أو إحدى الابنتين ، فالشفعة بين جميع الشركاء •

وذكر ابن قدامة في المغني [٢٧١/٥] أن هذا القول قال به أبو حنيفة رحمه الله
تعالى •

وظاهر كلام الحنفية يدل على ما ذكره ابن قدامة ، جاء في الدر المختار في معرض
الكلام عن الشفعة [٢١٧/٦ - ٢١٨] : وسببها : اتصال ملك الشفيع بالمشتري
بشركة أو جوار ، وشرطها : أن يكون للحل عقاراً ، وركنهما : أخذ الشفيع من أحد
المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها ، وحكمها : جواز الطلب عند تحقق السبب •

٣ - وقال أهل الكوفة : لا يدخل ذوو السهام على العصابات ، ولا العصابات على
ذوي السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب من
أصحاب مالك • [بداية المجتهد : ٢٥٧/٢] •

الأدلة :

١ - حجة الإمام مالك رحمه الله تعالى في إدخال ذوي السهام على العصبة ، وعدم إدخال العصبة على ذوي السهام : المصلحة المرسلة .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٧] : ومن أدخل ذوي السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوي السهام ، فهو استحسان على غير قياس . ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبة .

وقد ذكرنا أن الاستحسان عند مالك هو العمل بالمصلحة المرسلة .

ولمالك في هذه المسألة دليل آخر وهو عمل أهل المدينة ، فقد جاء في الموطأ [٢ / ٧١٥] بعد ذكر الصورة التي أوردها مالك رحمه الله تعالى - وذكرناها في صدر المسألة - قال مالك : وهذا الأمر عندنا .

٢ - وحجة القائلين باستحقاق الجميع الشفعة : أن القياس يقتضي ثبوت الشفعة للجميع ، لأن الشفعة ثبتت - شرعاً - للشريك ، والاعتبار في استحقاق الشفعة بالشركة لاسببها ، والجميع شركاء حال ثبوت الشفعة ، فالجميع في استحقاقها سواء ، كما لو ملك الكل المشفوع فيه بسبب واحد .

قال الشافعي في الأم [٣ / ٢٣١] : ولو مات الرجل وترك ثلاثة من الولد ، ثم ولد لأحدهم رجلان ، ثم مات المولود له ودارهم غير مقسومة ، فبيع من حق الميت حق أحد الرجلين ، فأراد أخوه الأخذ بالشفعة دون عمومته ، ففيها قولان :

أ - أن ذلك له ، ومن قال هذا القول قال : أصل سهمهم هذا فيها واحد ، فلما كان إذا قسم أصل المال كان هذان شريكين في الأصل دون عمومتهما ، فأعطيته الشفعة بأن له شركاً دون شركهم ، وهذا قول له وجه .

ب - أن يقول : أنا إذا ابتدأت القسم جعلت لكل واحد سهماً ، وإن كان أقل من سهم صاحبه ، فهم جميعاً شركاء شركة واحدة ، فهم شرع في الشفعة ^(١) ، وهذا قول يصح في القياس . اهـ

(١) أي الأخذ بالشفعة مشروع لهم جميعاً على حد سواء والله أعلم .

وقد ذكرنا أن القول الثاني هو الأصح ، وهو الذي رجحه أصحاب الشافعي .
 وقال ابن قدامة [المغني : ٥ / ٢٧١] : ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة ،
 فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد . وقال : والاعتبار بالشركة لا بسببها .
 وقد ذكرنا أن الحنفية يقولون بجواز الطلب عند تحقق سبب الشفعة ، وهو
 الشركة أو الجوار ، على مذهبهم . ويؤكد هذا القياس أن الشفعة ثبتت لدفع ضرر
 الشريك الداخل على شركائه بسبب شركه ، وهذا الضرر المحوج إلى إثباتها لا يختلف
 بين شريك وآخر ، بل هو موجود في حق الكل فتثبت الشفعة للكل .
 [مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٥ . والمغني : ٥ / ٢٧١] .

٣ - وأما الذين قالوا بعد دخول العصبة على ذوي السهام ، وعدم دخول ذوي
 السهام على العصبة ، فإنهم رأوا أن الشركة مختلفة الأسباب ، واعتبروا في ذلك
 السبب لا الشركة [بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٧] .

المسألة السادسة : تطبيق طلاق الأجنبية على الزواج منها :

اتفق الأئمة على أن الطلاق المنجز لا يقع على الأجنبية .

واختلفوا فيما إذا علق طلاقها على الزواج منها ، كأن يقول ، إن تزوجت فلانة
 فهي طالق ، أو يقول : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، ثم تزوج من فلانة ، أو تزوج
 أي امرأة ، فهل تطلق منه عقيب الزواج أم لا ؟

١ - ذهب مالك إلى أنه : إن عم جميع النساء - كأن يقول : كل امرأة أتزوجها
 فهي طالق - لم يلزمه الطلاق إذا تزوج أي امرأة . وإن خص بعض النساء - كأن
 يقول : إن تزوجت فلانة ، أو كل امرأة أتزوجها من بني فلان ، أو من بلد كذا ، أو في
 وقت كذا ، فهي طالق - لزمه الطلاق إذا تزوج بواحدة من هؤلاء المخصوصات .

جاء في الموطأ [٢ / ٥٨٥] : قال مالك : في الرجل يقول لامرأته : أنت الطلاق ،
 وكل امرأة أنكحها فهي طالق ، ومالي صدقة ، إن لم يفعل كذا وكذا فحنت ، قال :
 أما نسأوه فطلاق كما قال .

وأما قوله : كل امرأة أنكحها فهي طالق ، فإنه إذا لم يسم امرأة بعينها ، أو قبيلة ، أو أرضاً ، أو نحو هذا ، فليس يلزمه ذلك ، ولينزوج ماشاء .
وأما ماله فليتصدق بثله . [انظر بداية المجتهد : ٨٣/٢] .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن الطلاق يقع عقيب التزويج مطلقاً ، عم المطلق جميع النساء أو خصص .

قال في بداية المبتدي [فتح القدير : ١٢٧/٣] : وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح ، مثل أن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق .

٣ - وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن الطلاق لا يتعلق إلا بالزوجات وبعد نكاح صحيح ثابت ، سواء كان منجزاً أو معلقاً ، ولا يتعلق بأجنبية أصلاً .

قال النووي [المنهاج : ٢٩٢/٣] : خطاب الأجنبية بطلاق ، وتعليقه بنكاح وغيره لغو .

وقال الشافعي في الأم [٢٣٢/٥ - ٢٣٣] : ولم أعلم مخالفاً في أن أحكام الله تعالى - في الطلاق والظهار والإيلاء - لاتقع إلا على زوجة ثابتة النكاح ، يحل للزوج جماعها . وقال : فكل نكاح كان ثابتاً وقع فيه الطلاق .

وقال في غاية المنتهى [١٤٧/٣] : ولا يصح^(١) إلا من زوج أو وكيله ، فإن تزوجت - أو عين ولو عتيقته - فهي طالق ، لم يقع بتزوجها ، خلافاً لمالك وأبي حنيفة ، وإن قمت فأنت طالق - وهي أجنبية - فتزوجها ثم قامت لم تقع .

الأدلة :

١ - عمدة مالك رحمه الله تعالى - في الفرق بين التعميم والتخصيص - النظر إلى المصلحة . وذلك أن الأصل أن يلزم بما ألزم به نفسه ، ولكن لو ألزمناه بذلك

(١) أي الطلاق ، ومعنى لا يصح لا يقع .

حال التعميم لكان في ذلك حرج عليه ومشقة ، حيث لا يمكنه التزوج بأحد ، فربما وقع في الحرام ، وأما حال التخصيص : فيمكنه التزوج بغير المخصوصات ، وليس في ذلك حرج عليه ، فلا داعي لإلغاء ما ألزم به نفسه •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٨٤] : وأما الفرق بين التعميم والتخصيص : فاستحسان مبني على المصلحة ، وذلك أنه إذا عم ، فأوجبنا عليه التعميم ، لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتاً به وحرجاً ، وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما إذا خصص : فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق •

ولمالك رحمه الله تعالى دليل آخر في هذه المسألة ، وهو قول الصحابي ، وذلك : ما رواه في الموطأ [٢ / ٥٨٥] : أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان يقول — فمين قال : كل امرأة أنكهها فهي طالق — : إنه إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه •

٢ — وأما الحنفية فحجتهم في ذلك : أن الطلاق مما يصح تعليقه ، وكل ما يصح تعليقه يلزم عند حدوث الشرط المعلق عليه ، وذلك مثل العتق والوكالة والإبراء ، وتعليق طلاق الأجنبية على تزويجها تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق ، فيلزم إذا حدث الشرط المعلق عليه وهو التزويج ، كما يلزم العتق وغيره إذا حصل الشرط المعلق عليه •

وأيدوا قولهم هذا ، بما رواه مالك في الموطأ [٢ / ٥٥٩] : عن سعيد بن عمرو ابن سليم الزرقى ، أنه سأل القاسم بن محمد : عن رجل طلق امرأة إن هو تزوجها ؟ فقال القاسم بن محمد : إن رجلاً جعل امرأة عليه كظهر أمه إن هو تزوجها ، فأمره عمر بن الخطاب — إن هو تزوجها — أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المتظاهر •

قال ابن الهمام [فتح القدير : ٣ / ١٢٨ — ١٢٩] : فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعاً • والكل واحد والخلاف فيه

أيضاً^(١) ، وكذا في الإيلاء ، إذا قال : — إن تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر —
يصح ، فمتى تزوجها يصير مولياً •

٣ — وأما القائلون بعدم الوقوع مطلقاً فحجتهم في ذلك : ما رواه الترمذي
وصححه : أن النبي ﷺ قال : (لا طلاق إلا بعد نكاح)^(٢) •

وهذا صريح في أن الطلاق لا يقع ، ولا تخاطب به المرأة ، إلا بعد نكاح ثابت
بين المطلق والمطلقة •

واحتج الشافعي رحمه الله تعالى — أيضاً — بما دل عليه القرآن الكريم ، حيث
إن الله تعالى جعل هذه الأحكام — من الطلاق والإيلاء والظهار والتوارث
وغيرها مما يكون بين الزوجين من حقوق وأحكام — مرتبطة بشبوت النكاح •

قال في الأم : [٢٣٢ / ٥] : تحت عنوان (من يقع عليه الطلاق من النساء) :

قال الله تبارك وتعالى : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » / الأحزاب : ٤٩ / •

وقال : « إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » / الطلاق : ١١ / •

وقال عز وجل : « للذين يؤلون من نسائهم » / البقرة : ٢٢٦ / •

وقال : « الذين يظاهرون منكم من نسائهم » / المجادلة : ٢ / •

وقال : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم » / النساء : ١٢ / •

وقال : « ولهن الربع مما تركتم » / النساء : ١٢ / مع ما ذكر به الأزواج •

(١) أي حكم الطلاق والظهار واحد ، والخلاف حاصل في الظهار المعلق على ذلك
كما هو حاصل في الطلاق •

(٢) أخرجه الترمذي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما بلفظ : (ولا طلاق له
فيما لا يملك) • وقال : حديث عبد الله بن عمرو حديث حسن صحيح ، وهو أحسن
شيء في هذا الباب : ٣٢٦ / ٢ • وكذلك أخرجه أبو داود ، وأخرجه ابن ماجه بلفظ :
(لا طلاق قبل نكاح) •

ولم أعلم مخالفاً في أن أحكام الله تعالى في الطلاق والظهار والإيلاء لا تقع إلا على زوجة ثابتة النكاح ، يحل للزوج جماعها وما يحل للزوج من امرأته — إلا أنه محرم الجماع في الإحرام والمحيض وما أشبه ذلك حتى ينقضي — ولا يحرم أن ينظر منها إلى مالا ينظر إليه غيره • ثم يتابع الكلام عن حقوق الزوجين وثبوتها • وأيدوا قولهم أيضاً بالمعقول : وذلك أن القائل في هذه الحالة لا ولاية له على محل الطلاق ، وهو المرأة الأجنبية ، فلا يقع عليها •

وكذلك : الطلاق حل قيد النكاح ، ولا يمكن حله قبل عقده ، وأيضاً : إن الطلاق يرفع العقد ، فلم يجز أن يسبقه • [مغني المحتاج : ٣/٢٩٢ ، المغني : ٨/١٨]

المسألة السابعة : تطليق القاضي على المولي :

إذا آلى الرجل من امرأته ومضت مدة الإيلاء ، ورفع الأمر إلى القاضي ، فطلب منه أن يطلق أو أن يفيء ، فأبى ، فهل يطلق عليه القاضي ، أو ليس له ذلك ؟ ^(١)

١ — ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ، وأحمد رحمه الله تعالى — على الأصح في المذهب — إلى أنه : يطلق عليه إذا أبى الفيء أو الطلاق •

قال في الشرح الكبير [٤٣٦/٢] : فالحاصل أنه يؤمر بعد الأجل بالفيئة ، فإن امتنع منها أمر بالطلاق ، فإن امتنع طلق عليه الحاكم ، أو جماعة المسلمين عند عدمه •

وقال في الأم [٢٥٦/٥] : وإذا آلى الرجل من امرأته ، فمضت أربعة أشهر ، وقف وقيل له : إن فئت وإلا فطلق ، فإن فاء ، وإلا قلت له : طلق ، فإن طلق لزمه الطلاق ، وإن لم يطلق طلق عليه السلطان واحدة •

وقال الخرقى : فمتى قدر ^(٢) فلم يفعل أمر بالطلاق ، فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه • قال ابن قدامة : وهذا أصح في المذهب • [المغني : ٧/٥٦٢]

(١) رأي الحنفية في هذه المسألة غير وارد ، لأن المولى منها تطلق عندهم بانتهاء المدة حكماً . انظر المسألة : (وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء) فيما يتفرع عن القول بمذهب الصحابي •

(٢) أي متى قدر الزوج المولي على جماع زوجته التي آلى منها •

٢ - وقال ابن قدامة : وعن أحمد رواية أخرى : ليس للحاكم الطلاق عليه ، وإنما يحبس ويضيق عليه حتى يفيء أو يطلق . [المغني : ٥٦٣/٧] .

وهذا مذهب أهل الظاهر ، قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٠١/٢] وقال أهل الظاهر : لا يطلق عليه القاضي ، وإنما يحبس حتى يطلقها بنفسه . وقال في المحلى [٢٥٠/١١ - ٢٥١] : فمن الباطل أن يطلق أحد على غيره لأحكام ولا غير حاكم . وقال : إما أن يفيء وإما أن يطلق ، فالواجب أن يجبر على أيهما شاء ولا بد .

الأدلة :

١ - القائلون بالتطبيق :

عمدة مالك رحمه الله تعالى : المصلحة المرسله . ووجه هذه المصلحة أنه إذا لم يفيء ولم يطلق كان ذلك ضرراً بالزوجة ، والشرع جاء برفع الضرر عن المكلفين ، وهذه لا يرتفع الضرر عنها إلا بالتطبيق على الزوج ، فيستثنى ذلك من الأصل المعروف في الطلاق وهو : أنه لا يقع طلاق إلا من الزوج .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٠١/٢] ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان ، وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به .

وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : فإنهما قاسا ذلك على سائر الحقوق التي تجب على المكلف ويمتنع عن أدائها - وهي مما تقبل النيابة ، أو يصح الإيجاب فيها - فإن الحاكم يجبر المكلف على أدائها لأصحابها ، وذلك : كالحدود والديون ، والطلاق مما يقبل النيابة ويمكن الإيجاب عليه ، وقد وجب على المولى فعله - في هذه الحالة - فامتنع عنه ، فيوقعه الحاكم بالنيابة ، دفعا للضرر عن الزوجة المولى منها . وكذلك : قياساً على تزويج الحاكم عند العضل .

قال الشافعي في الأم [٢٥٦/٥] : وإنما جعلت له أن يطلق عليه واحدة ، لأنه كان على المولى أن يفيء أو يطلق ، فإذا كان الحاكم لا يقدر على الفئته إلا به (١) ،

(١) لأن الفئته تكون بالجماع ، وذلك لا يكون إلا من الزوج .

فإذا امتنع قدر على الطلاق عليه ، ولزمه حكم الطلاق ، كما تأخذ منه كل شيء وجب عليه أن يعطيه ، من حد ، وقصاص ، ومال ، وبيع ، وغيره ، إذا امتنع من أن يعطيه ، وكما يشهد على طلاقه فيطلق عليه ، وهو ممتنع من الطلاق جاحد له .

وقال في مغني المحتاج [٣/٣٥١] : وإن أبى الفئته والطلاق : فالأظهر الجديد أن القاضي - إذا رفعته إليه - يطلق عليه طلاق نيابة عنه ، لأنه لا سبيل إلى دوام إضرارها ولا إجباره على الفئته ، لأنها لا تدخل تحت الإيجاب ، والطلاق يقبل النيابة ، فتاب الحاكم عنه عند الامتناع ، كما يزوج عن العاضل ، ويستوفي الحق من المماطل : ومجمل هذا الاستدلال من الشافعية اعتمادهم على المصلحة المرسلّة كما يظهر .

وقال ابن قدامة [المغني : ٧/٥٦٣] : ولنا أن مادخلته النيابة ، وتعين مستحقته ، وامتنع من هو عليه ، قام الحاكم مقامه فيه ، كقضاء الدين .

٢ - وأما القائلون بعدم التطبيق عليه :

فحجتهم في ذلك أن الأصل في الطلاق أنه لا يقع إلا من الزوج ، ولذلك ليس للقاضي أن يطلق عليه ، وإنما يحبسه حتى يطلق هو بنفسه [بداية المجتهد : ٢/١٠١] . وقال في المحلى [١١/٢٥٠] : فإن الله عز وجل يقول : « وإن عزموا الطلاق » / البقرة : ٢٢٧ / فجعل عزيمة الطلاق إلى الزوج المولي لا إلى غيره .

المسألة الثامنة : قتل الجماعة بالواحد :

إذا اشترك في القتل اثنان أو أكثر - ممن يجب عليهم القصاص - وكان القتل عمداً وعدواناً ، هل يقتل الجميع ؟

١ - اتفق جمهور العلماء - مالك والشافعي وأبو حنيفة - رحمهم الله تعالى على : أنه يقتل الجميع مهما بلغ عددهم ، قولاً واحداً .

قال في بداية المجتهد [٢/٣٩٢] : وأما قتل الجماعة بالواحد فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا : تقتل الجماعة بالواحد - منهم مالك - سواء كثرت الجماعة أو قلت .

وقال الشافعي في الأم [٢٠/٦] : وإذا ضرب رجلان أو أكثر رجلاً بما يكون في مثله القَوْدُ ، فلم يبرح مكانه حتى مات - وذلك أن يجرحوه معاً بسيف أو زجاج رماح أو نصال نبل ، أو بشيء صلب محدد يخرق مثله ، فلم يزل ضمناً من الجراح حتى مات - فلاولياء الدم إن شأؤوا أن يقتلوه معاً قتلوه (١) .

وقال في بداية المبتي [٢٧٨/٨] : وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم .

٢ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان ، والظاهر : أن المذهب قتل الجماعة بالواحد .

قال الخرقي : ويقتل الجماعة بالواحد .

قال ابن قدامة : وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحداً ، فعلى كل واحد منهم القصاص ، إذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يقتلون به وتجب عليهم الدية [المغني : ٢٨٩/٨] .

٣ - وقال داود وأهل الظاهر والزهري : لا تقتل الجماعة بالواحد ، وإنما تجب الدية ، وقيل عنهم : إنما يقتل منهم واحد ، ويؤخذ من الباقي حصصهم في الدية . [المغني : ٢٨٩/٨ ، بداية المجتهد : ٣٩٢/٢] .

الأدلة :

١ - القاتلون يقتل الجماعة بالواحد :

أ - المشهور أن عمدة مالك رحمه الله تعالى في قتله الجماعة بالواحد إنما هو المصلحة المرسلة ، إذ لانص في الموضوع .

قال في بداية المجتهد [٣٩٢/٢] فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة ، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل ، كما نبه عليه الكتاب في قوله

(١) القود : قتل القاتل عمداً . زجاج : جمع زج وهو الحديد التي في أسفل الرمح . ضمناً : مستمراً به اثر الجرح .

تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب » / البقرة : ١٧٩ / • وإذا كان ذلك كذلك : فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل ، بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة •

فهذا الكلام من ابن رشد — وهو مالكي المذهب — يصلح احتجاجاً لمذهب إمامه ، على أن المشهور — لدى الأصوليين والفقهاء — أن مالكا رحمه الله تعالى هو الذي يأخذ بالمصلحة ويخالفه غيره ، فإذا أطلق الاحتجاج بها كان هو المراد •

على أننا نستطيع أن نقول — كما قال ابن رشد — إن مما اعتمد عليه القائلون بقتل الجماعة بالواحد جميعهم النظر إلى المصلحة ، حيث إنه قد ورد في كتب المذاهب — تعليلاً لهذا الحكم — كلام شبيه بكلام ابن رشد في الإشارة إلى النظر المصلحي • وإليك بعض هذا الكلام :

قال الخطيب الشربيني (الشافعي) في مغني المحتاج [٢٠/٤] : ولأنه — أي القصاص — شرع لحقن الدماء ، فلو لم يجب عند الاشتراك لكان كل من أراد أن يقتل شخصاً استعان بآخر على قتله ، واتخذ ذلك ذريعة لسفك الدماء ، لأنه صار آمناً من القصاص •

وقال ابن قدامة (الحنبلي) [المغني : ٢٩٠/٨] : ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى اتساع القتل به ، فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر •

وقال صاحب العناية (الحنفي) [٢٧٨/٨] : لأن القتل بطريق التغالب غالب ، فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالباً إلا بالاجتماع ، لأن الواحد يقاوم الواحد ، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة ، فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الإحياء ، فإنه لو لم يجب ، لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل ، لعلمه أن لاقصاص فيؤدي إلى سد باب القصاص •

ب — هذا وإن الحجة — التي اعتبرها الجميع في قتل الجماعة بالواحد — هو ما رواه مالك في الموطأ [٨٧١/٢] : عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب :

أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : قتل قرأ خمسة ، أو سبعة ، برجل واحد قتلوه
قتل غيلة (١) وقال عمر : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً •

وروي — أيضاً — أن علياً رضي الله عنه : قتل ثلاثة قتلوا رجلاً •

وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه : قتل جماعة بواحد •

فعلوا ذلك — أي عمر وعلي وابن عباس — وكانت الصحابة رضي الله عنهم
متوافرين ، ولم ينكر عليهم أحد ، ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف ، فكان إجماعاً •
[الأم : ١٩ / ٦ ، المغني : ٢٨٩ / ٨ ، الهداية وشروحها : ٢٧٨ / ٨ ، مغني المحتاج : ٢٠ / ٤] •
ج — ولما لك رحمه الله تعالى حجة ثالثة في هذه المسألة ، وهي : عمل أهل
المدينة •

قال في الموطأ [٨٧٢ / ٢] : الأمر عندنا : أنه يقتل في العمد الرجال الأحرار
بالرجل الحر الواحد ، والنساء بالمرأة كذلك ، والعبيد بالعبد كذلك •

٢ — وعمدة القائلين إنه لا يقتل الجماعة بالواحد :

آ — قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » / المائدة : ٤٥ / •
وقوله تعالى : « الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني » / البقرة : ١٧٨ / •
قالوا : مقتضاهما أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة •

ب — قالوا : إن التفاوت في الأوصاف يمنع القصاص ، بدليل أن الحر لا يقتل
بالعبد ، والتفاوت في العدد أولى • وكذلك : لا تستوفي أبدال بمبدل واحد ، كما
لا تجب ديات لمقتول واحد •

قال ابن المنذر : لاجبة مع من أوجب قتل جماعة بواحد (٢)

[المغني : ٢٩٠ / ٨ ، بداية المجتهد : ٣٩٢ / ٢] •

(١) غيلة : غدرًا وخداعًا •

(٢) ويناقش الشافعي في الأم ، وابن الهمام في الفتح : رأي هؤلاء ودليلهم ،
وبيينان خطأ احتجاجهم • الأم : ٢١ / ٦ ، الفتح : ٢٧٩ / ٨

المسألة التاسعة : قطع الأيدي باليد الواحدة :

انبنى على القول : بقتل الجماعة بالواحد ، مسألة قطع الأيدي باليد الواحدة ، وذلك فيما إذا اشترك اثنان فأكثر بقطع يد رجل ، أو جرحوه جرحاً يوجب القصاص ، هل يقتص من جميعهم ، أو تجب عليهم دية العضو ، أو أرش الجرح ؟

١ — ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى وجوب القصاص ، وأنه تقطع أيديهم مهما كثروا .

وإنما الملاحظ أن الشافعي وأحمد : اشترطا أن يكون اشتراكهم على وجه لا يتميز فيه فعل أحدهم عن فعل الآخر ، بينما لم يشترط ذلك المالكية فيما إذا كان بينهم اتفاق على ذلك ، وأما إذا لم يكن بينهم اتفاق فهو شرط عندهم أيضاً .

قال الدسوقي في الحاشية على الشرح الكبير [٤ / ٢٥٠] : فإذا تعدد العضو المجني عليه ، بأن قلع واحد عينه ، وواحد قطع رجله ، وكأنا متمالكين على قلع عينه وقطع رجله ، فإنه تعلق عين كل واحد منهما وتقطع رجله ، وإذا اتحد العضو المجني عليه — كما إذا تمالأ جماعة على قطع شخص — فإنه يقطع كل واحد .

وقال في الشرح الكبير [٤ / ٢٥٠] : وإن تميزت جنایات من جماعة — ولم يمت — بلا تمالؤ ، فمن كل يقتص كفعله ، وأما إن تمالؤوا اقتص من كل بقدر الجميع تميزت أم لا ، كما تقدم : أنهم إن تمالؤوا على قتل نفس قتلوا .

وقال الشافعي [الأم : ١٩ / ٦ — ٢٠] : فإذا قطع الاثنان يد رجل معاً ، قطعت أيديهما معاً ، وكذلك أكثر من الاثنين ، وما جاز في الاثنين جاز في المائة وأكثر .

قال : وإنما تقطع أيديهما معاً : إذا حملا شيئاً فضرباه معاً ضربة واحدة ، أو حزاه معاً حزا واحداً . وقال : وهذا هكذا في الجرح ، والشجعة التي يستطاع فيها القصاص ، وغيرها ، لا يختلف .

قال النووي [المنهاج : ٤ / ٢٥] : ولو وضعوا سيفاً على يده ، وتحاملوا عليها دفعة فابانوها ، قطعوا .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٩٢/٨ - ٢٩٣] : إن الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم • وقال : وإنما يجب القصاص على المشتركين في الطرف : إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر • قال : ويتعين وجه آخر في مذهب أحمد : لا تقطع يدا يدين واحدة ، لأنه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه لا قصاص على أحد ، وهو قول أهل الظاهر [بداية المجتهد : ٣/٣٩٨] •
قال في بداية المبتي [فتح القدير : ٨/٢٨٠] : وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية •

الأدلة :

١ - حجة القائلين بالقصاص من الجماعة بالواحد في الأطراف والجراح قياسهم ذلك على القصاص من الجماعة بالواحد في النفس •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٣٩٨] : وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة •

ولقد ذكرنا في مسألة قتل الجماعة بالواحد : أن عمدة مالك رحمه الله تعالى العمل بالمصلحة المرسلة ، إلى جانب ما ذكرناه من الأدلة الأخرى • وما قيل في وجه المصلحة هناك يقال هنا ، ويؤكد اعتماد المالكية المصلحة في هذه المسألة : أنهم قالوا بالقصاص عند التماثل والاتفاق ، ولو اختلف فعل بعضهم عن الآخر - كما ذكرنا - حتى يكون أكثر زجراً ، لأن تواطؤهم يدل على أنهم اتخذوا اجتماعهم ذريعة لتنفيذ جريمتهم ، على أمل الفرار من القصاص ، وعلى هذا فالمصلحة تقتضي القصاص منهم بكامل الفعل احتياطاً في الدماء •

وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى فقد ذكرنا أدلتهم هناك ، وحجتهم هنا : القياس على الاشتراك بقتل النفس كما قلنا •

قال الشافعي في الأم [١٩/٦ - ٢٠] : بعد ذكره حديث عمر رضي الله عنه في قتل الجماعة بالواحد ، وقوله بذلك : وقد بنيت جميع هذه المسائل على هذا القول ، فينبغي عندي لمن قال : يقتل الاثنان أو أكثر بالرجل أن يقول : فإذا قطع الاثنان يد رجل معاً قطعت أيديهما معاً . . . ثم قال : ولا يخالف النفس إلا في أنه يكون الجرح يتبعض والنفس لا يتبعض ، فإذا لم يتبعض : بأن يكونا جانبيين عليه معاً جرحاً - كما وصفت - لا ينفرد أحدهما بشيء دون الآخر ، فهو كالنفس في القياس ، وإذا تبعض خالف النفس . [انظر مغني المحتاج : ٢٥/٤ ، وشرح التحرير : ٣٦٣/٢] .

وقال ابن قدامة : ولأنه أحد نوعي القصاص ، فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس . وأيد الحنابلة قولهم هذا - بالإضافة إلى القياس - بما روي : أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم جاء بآخر فقالا : هذا هو السارق ، وأخطأنا في الأول ، فرد شهادتهما على الثاني ، وغرمهما دية الأول ، وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ^(١) [البخاري : ١٠/٩] فأخبر رضي الله عنه : أن القصاص على كل واحد منهما : لو تعمدتا قطع يد واحدة . [المغني : ٨/٢٩٢ - ٢٩٣] .

٢ - وأما الحنفية فحجبتهم :

أ - أن القصاص هنا متعذر لانتفاء المماثلة ، وذلك أن كلاً منهما قاطع بعض اليد ، سواء كان المحل متحداً أو مختلفاً ، لأننا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ، وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصاً ، لانتفاء المماثلة . وهذا لأن المحل يتجزأ ، فإن قطع البعض وترك البعض الآخر متصور ، فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلاً كماً ، بخلاف النفس ، فإن الانزهاق لا يتجزأ .

ب - أن الاشتراك فيما دون النفس نادر ، لأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار

(١) أي تعمدتما الكذب في شهادتكما لتقطع يده .

الغوث ، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة ، لافتقاره إلى مقدمات بطيئة ، فيلحقه الغوث ، ولذلك خالف حكم قتل الجماعة للواحد .
[الهداية وشروحها : ٢٨٠/٨] .

٣ - وأما الظاهرية : فعلى أصلهم من عدم قتل الجماعة بالواحد ، فكذلك من باب أولى عندهم : لا تقطع يدان بيد (١) . [بداية المجتهد : ٣٩٨/٢]

المسألة العاشرة : مشاركة من لا قصاص عليه في القتل :

اختلف الأئمة فيما إذا اشترك في القتل من يجب عليه القصاص ، ومن لا يجب عليه ، هل يقتل من عليه القصاص ، أو لا يقتل أحد ؟

وصورته أن يشترك في القتل : عامد ومخطيء ، أو صبي وبالغ ، أو عاقل ومجنون ، أو أب وأجنبي .

١ - ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه لا قصاص على المشارك في جميع هذه الصور .

قال في الدر المختار [٥٣٥/٦ ، ٥٦٠] : وفي الملتقى : ولا قصاص على شريك الأب ، أو المولى ، أو المخطيء ، أو الصبي ، أو المجنون ، وكل من لا يجب القصاص بقتله .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : وجوب القصاص على شريك الأب والصبي والمجنون ، وأنه لا قصاص على شريك المخطيء ومن في حكمه .

قال في الأم [٢٠/٦] : ولو قتل رجل رجلاً عمداً ، وقتله معه صبي أو رجل معتوه ، كان لهم أن يقتلوا الرجل ، ويأخذوا من الصبي والمعتوه - أيهما كان القاتل - نصف الدية .

(١) انظر ادلتهم في مسألة قتل الجماعة بالواحد .

وهكذا لو قتل رجل ابنه ، وقتله معه أجنبي ، كاذ على أبيه نصف دينه والعقوبة^(١) ، وعلى الأجنبي القصاص ، إذا كان الضرب في هذه الحالات كلها عمداً .
وإذا جنى اثنان على رجل عمداً وآخر خطأ ، أو بما يكون حكمه حكم الخطأ — من أن يضربه بعضاً خفيفة أو بحجر خفيف — فمات ، فلا قود فيه .

٣ — وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى وجوب القصاص على شريك الأب ، وأنه لا قصاص على شريك المخطيء والصبي والمجنون . هذا هو الأصح في المذهب ، وعنه روايات أخرى .

قال الخرقي : وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب . قال ابن قدامة . وعن أحمد رواية أخرى : لا قصاص على واحد منهما .

وقال الخرقي أيضاً : وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم ، وعلى العاقل ثلث الدية في ماله ، وعلى عاقله كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما . قال ابن قدامة : وعن أحمد رواية أخرى : أن القود يجب على البالغ العاقل .

وقال الخرقي أيضاً : وإذا قتلاه — وأحدهما مخطيء والآخر متعمد — فلا قود على واحد منهما ، وعلى العاقد نصف الدية في ماله ، وعلى عاقله المخطيء نصفها ، وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة . قال ابن قدامة : وروي عن أحمد : أن عليه (أي على العاقد) القصاص [المغني : ٨ / ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧] .

٤ — وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : وجوب القصاص على شريك الصبي إذا تملاً معه على القتل ، وأنه لا قصاص على شريك المخطيء والمجنون والصبي ، إذا لم يتملاً معه على القتل .

جاء في الموطأ [٨٥١ / ٢] : قال مالك : في الكبير والصغير إذا قتلا رجلاً جميعاً عمداً : إن على الكبير أن يقتل ، وعلى الصغير نصف الدية .

(١) لعل المراد بالعقوبة التعزير من الحاکم حيث لا قصاص .

وقال في الشرح الكبير [٢٤٦/٤ - ٢٤٧] : وعلى شريك الصبي القصاص ، إن تمالأ على قتله ، لا على شريك مخطيء ، ولا شريك مجنون ، فلا يقتص منه ، وعلى المتعمد الكبير نصف الدية في ماله ، وعلى عاقلة المخطيء ، أو المجنون ، نصفها * هـ .
وأما حكم شريك الأب : فالظاهر - عند مالك - أن الأب إذا قتل ولده عمداً عدواناً يقتل به ، وضابط عمد الأب عنده : أن يرمي عنقه بالسيف ، أو يضجعه فيذبجه ، ونحو ذلك ، فيقتص من الأب في هذه الأحوال ، وعندها تكون مسألة شريك الأب - عند مالك - غير داخلية في البحث ، لأن الاثنين عليهما القصاص .
والحال التي لا يقتل فيه الأب - عند مالك - هي في حكم الخطأ ، وضابطها أن لا يقصد إزهاق روحه - كرميه بجديدة أو سيف - يريد بذلك أدبه ، ولم يقصد إزهاق روحه * وعندها يكون المشارك له - في هذه الحالة - حكمه حكم مشارك المخطيء ، فيندرج فيه * [الشرح الكبير مع الحاشية : ٢٦٧/٤]

الأدلة :

١ - حجة القائلين بعدم القصاص على المشارك مطلقاً (وهم الحنفية) :

أن القصاص لا يتجزأ ، وهذا المقتول : يمكن أن تكون إفاته نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه ، كما كان ذلك ممن عليه القصاص ، وعلى كل حال : لا شك أن من لا قصاص عليه قد أزهق جزءاً من النفس فأورث شبهة * والرسول عليه الصلاة والسلام يقول : (ادروا الحدود بالشبهات)^(١) فيدرك الحد عن المشارك العائد فلا يقتل * [حاشية ابن عابدين : ٥٣٥/٦ ، ٥٦٠ ، وانظر بداية المجتهد : ٣٨٩/٢] .

٢ - وأما القائلون بوجوب القصاص على المشارك : فقد ذكر ابن رشد أن حجبتهم في ذلك : النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما - من عليه القصاص ومن لا قصاص عليه - انفرد بالقتل ، فله حكم نفسه * .

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وقال السيوطي عنه في الجامع الصغير : حسن . فيض القدير : ٢٢٧/١

هكذا أطلق ابن رشد القول في حجة الفريق القاتل بقتل المشارك ، كما أطلق القول في آرائهم وجعلهم : فريقاً يقول بعدم قتل المشارك مطلقاً ، وفريقاً يقول بالقتل مطلقاً^(١) . ولقد تبين - مما ذكرناه سابقاً - أن لهم تفصيلاً في ذلك ، كما أثبت الرجوع إلى كتب المذاهب .

والذي يبدو - والله أعلم - أن الذي يعتمد المصلحة في هذه المسألة إنما هم المالكية فقط - مالك ومن تبعه - وذلك : أننا رأيناهم لا يقولون بالقصاص على المشارك إلا في حالة واحدة ، وهي : ما إذا اتفق البالغ العاقل مع الصبي على القتل . وأما إذا لم يتفقا على القتل فلا قصاص عندهم - أيضاً - على مشارك الصبي ، وذلك أن عمد الصبي والمجنون عندهم كالخطأ . قال في الشرح الكبير [٢٣٧/٤] : وأما الصبي والمجنون فلا يقتص منهما ، لأن عمدهما وخطأهما سواء ، على أنه لا عمد للمجنون . [وانظر الزرقاني على الموطأ : ١٤٠/٥]

وعلى هذا ، تورث مشاركتها في القتل شبهة في إزهاق الروح ، فيسقط القصاص .

وأما في حال التواطؤ - من الصبي ومن شاركه في القتل - فالمصلحة تقتضي قتل المشارك ، حفظاً للنفوس ، واحتياطاً للدماء ، حيث إن القاتل البالغ العاقل - عندما سعى للاتفاق مع الصبي على القتل - كان في حسابه أن يتخذ ذلك ذريعة للنجاة من القصاص ، فإذا لم يقتص منه أدى ذلك إلى فتح باب القتل ، وإبطال حكم القصاص وسد بابه ، وذلك أنه من السهل - على كل من أراد القتل عمداً وعدواناً - أن يسعى للاتفاق مع صبي يشاركه في الفعل ويضمن النجاة من القصاص . فالتفاتاً لهذه المصلحة ، وتحقيقاً لحكمة القصاص ، وجب القتل على المشارك في هذه الحالة ، وأما في حال عدم التواطؤ والاتفاق فلا يتحقق هذا المعنى ، فلا يجب القصاص .

(١) انظر بداية المجتهد : ٣٨٩/٢ .

وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى :

فالذي يبدو - والله أعلم - أن عمدتهما في ذلك الاستصحاب^(١) ، والعمل بالحديث : (ادروا الحدود بالشبهات)^(٢) .

وبيان ذلك : أن الأصل وجوب القصاص على المكلف العاقد ، فلما شارك في إزهاق الروح فعل من لا يجب عليه القصاص لذات فعله - كالمخطيء - أورث شبهة في الإزهاق ، فامتنع العمل بالأصل وهو القصاص ، لقول النبي ﷺ : (ادروا الحدود بالشبهات) ، فلم يقتص من أحد .

فإذا كان فعل من لا يقتص منه لا يمنع القصاص لذاته ، بل يوجهه ، وإنما امتنع القصاص منه لمعنى فيه لا في فعله - كالأب ، فإن المانع من القصاص منه الأبوة ، وهي معنى فيه . والصبي ، فإن المانع فيه وهو الصغر . والمجنون ، فإن المانع فيه وهو الجنون - فلا يورث فعله شبهة في إزهاق الروح ، ويتقى وجوب القصاص على أصله ، فيعمل به ، حيث لا مانع منه ، ولا مانع في المشارك ، فيقتص منه ، ولا يقتص ممن شاركه ، لقيام دليل آخر يمنع القصاص منه ، وإن كان فعله بذاته يوجب القصاص . وإليك من أقوالهم ما يؤيد ذلك :

قال الشافعي [الأم : ٢٠ / ٦ ، ٣٤] : ولو ضرب رجلان رجلاً - أحدهما بعضاً خفيفة ، والآخر بسيف - فمات ، لم يكن على واحد منهما قصاص ، لأن إحدى الجنايتين كانت مما لا قصاص فيه ، وإنما يكون القود^(٣) : إذا كانت الجناية كليهما بشيء يقتص منه ، إذا ميت منه .

وقال : ولو أن رجلاً قتل رجلاً ، وقتله معه صبي ، أو مجنون ، أو حربي ، أو من لا قود عليه بحال ، فمات من ضربهما معا ، فإن كان ضربهما معا ، بما يكون فيه القود قتل البالغ ، وكان على الصبي نصف الدية في ماله ، وكذلك المجنون .

(١) سيأتي - إن شاء الله تعالى - بحث الاستصحاب وبيان آراء العلماء بحجتيه .

(٢) انظر تخريجه : في دليل الحنفية ص (٩٨) حاشية (١) .

(٣) القصاص ، وهو قتل من قتل عمداً بشروطه .

وقال : وإذا جنى اثنان على رجل - عمداً ، وآخر خطأ ، أو بما يكون حكمه حكم الخطأ : من أن يضربه بمصا خفيفة ، أو بحجر خفيف - فمات ، فلا قود فيه ، لشرك الخطأ الذي لا قود فيه .

وقال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري - في تعليل القود من شريك الأب - :
فيجب القود على الغير فقط ، لحصول التلف بفعلين عمدين ، فلا يؤثر فيه امتناع القود على الشريك لمعنى يخصه .

قال الشرقاوي : وخالف شريك المخطيء : بأن الخطأ شبهة في الفعل ، أورثت في فعل الشريك شبهة في القود ، لاختلاط الفعلين ، ولا شبهة هنا في الفعل ، وإنما هي في الذات ، وذات أحدهما غير ذات الآخر ، فلا اختلاط فيهما حتى يسري وصف أحدهما في الآخر .

ثم قال : والحاصل : أنه متى سقط القود عن أحدهما - لشبهة في فعله - سقط عن شريكه ، أو - لصفة قائمة بذاته - وجب على شريكه .
[حاشية الشرقاوي وشرح التحرير : ٣٦٤/٢]

وقال في معني المحتاج [٢٠/٤ - ٢١] : ويقتل شريك الأب ، لأن شبهة الأبوة في ذات الأب لا في الفعل ، وذات الأب متميزة عن ذات الأجنبية ، فلا تورث شبهة في حقه .

وقال : ولا يقتل شريك مخطيء وشبهه عمد ، لأن الزهوق حصل بفعلين : أحدهما يوجب والآخر ينفيه ، فغلب المسقط للشبهة ، والخطأ شبهة في فعل الخاطيء والفعالان مضافان إلى محل واحد ، فأورث شبهة في القصاص ، كما لو صدرا من واحد .

وقال : يقتل شريك صبي مميز ومجنون - له نوع تمييز - في قتل من يكافئه كشريك الأب .

هذا ما قاله الشافعية ، وهو يبين بوضوح عمدتهم في هذه المسألة .

وإليك ما قاله الحنابلة :

قال ابن قدامة [المغني : ٢٩٤/٨ - ٢٩٥] : وكل شريكين - امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه ، من غير قصور في السبب - فهو في وجوب القصاص على شريكه : كالأب وشريكه .

وقال : أما إذا شارك في القتل من لا قصاص عليه - لمعنى في فعله كالصبي والمجنون - فالصحيح في المذهب : أنه لا قصاص عليه .

وقال : ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب ، فإنه يقتضي الإيجاب ، لكونه تمحض عمداً عدواناً ، والجناية به أعظم إثماً وأكثر جرماً ، ولذلك خصه الله تبارك وتعالى بالنهي عنه « ولا تقتلوا أولادكم » / الأنعام : ١٥١ / و / الإسراء : ٣١ / . ولما سئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب قال : (أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، ثم تقتل ولدك خشية أن يطعم معك)^(١) . فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك .

ولأنه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها ، ووضع الإساءة موضع الإحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه . وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب ، فلا يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه .

وقال : وأما شريك الخاطيء : فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب فإن فعل الخاطيء غير موجب للقصاص ولا صالح له ، والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً ، لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس .

فهذه النصوص - كما ترى - تؤيد ما ذكرته من أن دليلهم في هذه المسألة العمل بالاستصحاب . فنجد كيف أنهم يقولون بالقصاص حيث لا شبهة في العمل ، وإنما المانع في محل القصاص معنى آخر ثبت بدليل ، ولا يقولون بالقصاص حيث قامت الشبهة في ذات الفعل ، فيسقط القصاص للشبهة .

(١) أخرجه البخاري عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في كتاب التفسير :

وإنما اختلف الشافعية والحنابلة في مشارك الصبي والمجنون ، لأن الحنابلة يرون أن عمدهما خطأ أو في حكمه ، بينما يرى الشافعي وأصحابه رحمهم الله تعالى : أن الصبي والمجنون عمدهما عمد ، وخطؤهما خطأ •

قال ابن قدامة [المغني : ٢٩٥/٨] : - في الاستدلال على عدم قتل المشارك لهما - إنه شارك من لا مآثم عليه في فعله ، فلم يلزمه قصاص ، كشريك الخاطيء ، ولأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح - ولهذا لا يصح إقرارهما - فكأن حكم فعلهما حكم الخطأ ، وهذا معنى قول الخرقى : عمدهما خطأ ، أي في حكم الخطأ في اتقاء القصاص عنه ، ومدار^(١) ديته ، وحمل عاقلتهما إياها ، ووجوب الكفارة •

ولذا خالفهم الشافعي - أيضاً - في تحمل الكفارة في عمد الصبي والمجنون فقال : إنها في مالهما • [الأم : ١٠٣/٦]

المسألة الحادية عشرة : تغريب الزاني البكر :

أجمع المسلمون على أن الحر البكر إذا زنى جلد مائة جلدة - ذكراً كان أو أنثى - لقوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » / النور : ٢ / •

واختلفوا في وجوب التغريب عليه مع الجلد :

١ - ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه : يغرب عاماً عن بلده الذي زنى فيه ، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى •

قال المزني في المختصر [١٦٦/٥] : فإن لم يحصن جلد مائة وغرب عاماً عن بلده •

(١) في نسخة : ومقدار •

وقال الخرقى [المنفى : ٤٢/٩] : وإذا زنى البكر جلد مائة وغرب عاماً .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه : لا تغرب على أحد إلا أن يرى الإمام ذلك .

قال في الهداية [١٣٤/٤] : ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي ، إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة ، فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة^(١) .

٣ - وفرق مالك رحمه الله تعالى بين الذكر والأنثى فقال : يغرب الرجل ولا تغرب للمرأة .

قال في الشرح الكبير [٣٢١/٤] : وغرب البكر الحر الذكر فقط - دون العبد ولو رضي سيده ، ودون الأنثى - عاماً .

الأدلة :

١ - عمدة القائلين بالنفي مطلقاً :

- ما رواه أصحاب الصحاح ومالك في الموطأ : عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما أنهما قالوا : إن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ ، فقال أحدهما : يا رسول الله ، اقض بيننا بكتاب الله عز وجل ، وقال الآخر - وهو أفقههما - أجل يا رسول الله ، اقض بيننا بكتاب الله عز وجل وأذن لي في أن أتكلم ؟ قال : (تكلم) . قال : إن ابني كان عسيماً على هذا ، فزنى بامرأته فأخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة وجارية لي ، ثم إنني سألت أهل العلم ، فأخبروني أننا على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وإنما الرجم على امرأته . فقال رسول الله ﷺ : (أما - والذي نفسي بيده - لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل ، أما غنمك وجاريتك فرد عليك) ، وجلد ابنه مائة وغربه عاماً ، وأمر أنيساً الأسلمي أن يغدو على امرأة الآخر ، فإن اعترفت رجماً ، فاعترفت فرجماً ، وفي رواية : (أما الوليدة والغنم

(١) أي يرجع ذلك إلى المصلحة التي يقدرها الحاكم وليس حداً ثابتاً .

فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) ، فغدا عليها أنيس ، فاعترفت ، فأمر النبي ﷺ بها فرجمت (١) .

قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذكره الحديث في الأم : وبهذا قلنا .

قال ابن قدامة : وفي الحديث أنه قال : سألت رجلاً (٢) من أهل العلم فقالوا : إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وهذا يدل على أن هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله تعالى وقضاء رسول الله ﷺ ، وقد قيل : إن الذي قال له هذا أبو بكر وعمر رضي الله عنهما .

— حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وفيه : (البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) (٣) . وهو صريح في الباب .

قال الشافعي : وروى عبادة بن الصامت الجلد والنفي عن النبي ﷺ .

— الإجماع : وذلك أن التغريب فعله الخلفاء الراشدون — فقد روي أن أبا بكر نفي إلى فدك ، وعمر نفي إلى الشام ، وغرب عثمان إلى مصر ، وعلي إلى البصرة — ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة ، فكان إجماعاً .

قال الشافعي : وهو ثابت عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود ، والناس عندنا إلى اليوم . ثم ناقش القائلين بخلاف ذلك .
[الأم : ١١٩/٦ ، المغني : ٤٣/٩ — ٤٤] .

٢ — حجة الحنفية :

— قوله تعالى : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » / النور : ٢ / .

(١) الموطأ : ٨٢٢/٢ . ورواه الشافعي في الأم ١٩/٦ وأخرجه البخاري أيضاً ٢١٨/٨ ، ٩٤/٩ وفي مواطن أخرى . [عسيفاً : أجيراً . الوليدة : المرأة المملوكة]

(٢) رواية في البخاري : ٢١٨/٨ .

(٣) أخرجه أبو داود بلفظ (ونفي سنة) : ١٤٤/٤ .

وجه الاستدلال بالآية : أن الفاء في « فاجلدوا » للجزاء ، وإذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء — دل استقراء كلامهم — أنه هو الجزاء .

وكذلك ذكر الجلد ، ولم يذكر النفي ، في موضع الحاجة إلى البيان ، فكان ما ذكر كل ما يحتاج إليه في البيان ، فلو بقي شيء يحتاج إليه ولم يبين ، لزم الإخلال في البيان في موضع الحاجة ، وهذا ممنوع .

قالوا : والعمل بالحديث المروي (البكر بالبكر ٠٠) نسخ للكتاب ، وهو لا يجوز .

— قالوا إن في التغريب فتح باب الزنا لأمرين : أولاً : لانعدام الاستحياء من العشيعة ، ثانياً : لأن فيه قطع مادة البقاء — مما يحتاج إليه من المأكول والملبوس — فربما تتخذ زناها مكسبة ، وهذا يرجح عدم النفي ، ويؤيد ما ورد عن علي رضي الله عنه أنه قال : حسبهما من الفتنة أن ينفيا .

— قالوا : إن النفي قد يفيد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه إلى الإمام فيفعله تغزيراً للفاعل ونظراً للمصلحة ، وليس من جملة الحد . وعلى هذا يحمل تغريب النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم . يدل عليه ما في البخاري [٢١٢/٨] من قول أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ (قضى فيمن زنا ولم يحصن بنفي عام وإقامة الحد) فإنه ظاهر في أن النفي ليس من الحد ، لعطفه عليه .

[الهداية وشروحها : ٤/ ١٣٤ — ١٣٦]

٣ — وتفريق مالك رحمه الله تعالى بين الذكر والأنثى اعتماد منه على المصلحة المرسل .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/ ٤٢٧] : ومن خصص المرأة من هذا العموم — البكر بالبكر — فإنما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالعربة لأكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل ، أعني : المصلحي الذي كثيراً ما يقول به مالك .

وجه المصلحة :

أن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ، فإذا غربت بغير محرم ، كان في ذلك إغراء لها بالفجور وتمكين منه ، وتضييع لها ، وذلك ينافي قصد الشارع من وجوب الحد ،

إذ ما شرع إلا زجراً عن الزنا • على أنه لا يجوز تغريبها بغير محرم ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم عليها) [البخاري : ٥٤/٢ ومسلم : ٩٧٧/٢] •

وإن غربت بمحرم : أفضى ذلك إلى تغريب من ليس بزنا ، ونفي من لا ذنب له ، وإن كلفت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها ، كما لو زاد ذلك على الرجل ، ولذا يخص عموم الحديث الوارد بالرجل لهذه المعاني •

ولهذا المعنى أيضاً قال رحمه الله تعالى : لا يغرب العبد ، لأن نفي العبد عقوبة لمالكة بمنعه منفعته مدة نفيه ، وتصرف الشرع يقتضي ألا يعاقب غير الجاني •

ومن الحجة لمالك : ما رواه في الموطأ [٨٢٦/٢] عن نافع : أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أتى برجل قد وقع على جارية بكر فأحبلها ، ثم اعترف على نفسه بالزنا ولم يكن أحصن ، فأمر به أبو بكر فجلد الحد ، ثم نفي إلى فدك • [وانظر الزرقاني على الموطأ : ٩٨/٥]

ووجه الاستدلال به أنه ذكر فيه نفي الرجل ولم يذكر نفي المرأة ، مع أن كلاهما منهما بكر •

قال في المغني [٤٣/٩ ، ٤٤] : وقول مالك فيما يقع لي أصح الأقوال وأعدلها وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم ، والقياس على سائر الحدود لا يصح ، لأنه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها ، بخلاف هذا الحد ، ويمكن قلب هذا القياس بأنه حد ، فلا تزداد فيه المرأة ما على الرجل كسائر الحدود (١) •

المسألة الثانية عشرة : الغرم على السارق :

اتفق الأئمة على : أنه إذا قطعت يد السارق ، ثم وجدت عين المسروق عنده ولم تتغير ردت إلى صاحبها •

(١) أي وإذا كلفت اجرة المحرم كان في ذلك زيادة في الحد عليها .

واختلفوا فيما : إذا تلفت عين المروق أو نقصت ، هل يضمنها السارق بعد القطع :

١ - ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : وجوب الغرم ، وأن القطع لا يسقط الضمان •

قال في الأم [١٣٩/٦] : وإذا وجدت السرقة في يد السارق قبل ^(١) يقطع ردت إلى صاحبها وقطع ، وإن كان أحدث في السرقة شيئاً ينقصها ردت إليه ، وما نقصها ضامن عليه يتبع به ، وإن أُلِف السلعة قطع أيضاً ، وكانت عليه قيمتها يوم سرقها ، ويضمن قيمتها إذا فأت •

وقال الخرقى [المغني : ١٢٩/٩] : وإذا قطع : فإن كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها ، وإن كانت تالفة فعليه قيمتها ، وسواء كان موسراً أو معسراً •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه لا غرم إذا لم يوجد المروق بعينه •

قال في بداية المبتدي [٢٦١/٤] : وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن •

٣ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : يضمن قيمة المروق إن كان موسراً ، وإن كان معسراً فلا يتبع به •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٤٤٢/٢] : فرق مالك وأصحابه فقال : إن كان موسراً اتبع السارق بقيمة المروق ، وإن كان معسراً لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم •

الأدلة .

١ - عمدة القائلين بالفرم مطلقاً :

أ - أن القطع والغرم حقان يجبان لمستحقين - فالقطع يجب حقاً لله تعالى ،

(١) النص هكذا في الأصل بدون أن قبل الفعل .

والغرم يجب حقاً للادمي المسروق منه - فجاز اجتماعهما ، كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمي المملوك ، وإذا جاز اجتماعهما فلا يسقط أحدهما الآخر ولا يمنع منه ، قال الشافعي : والقطع لله ، لا يسقط غرمه ما أتلّف للناس . وإذا وجب الغرم مع القطع فلا يوجب الفقر إسقاط مال الغير .

ب - أنها عين يجب ضمانها - بالرد لو كانت باقية ، وبالقيمة إذا كانت تالفة ولم يقطع - إجماعاً ، فكذلك إذا تلفت بعد القطع ، قياساً على سائر الأموال المتلفة قال في الأم : وكل من أتلّف لإنسان شيئاً - مما يقطع فيه أو لا يقطع - فلا فرق بين ذلك ، ويضمنه من أتلّفه .

[المغني : ١٣٠/٩ ، مغني المحتاج : ١٧٧/٤ ، الأم : ١٣٩/٦]

٢ - حجة الحنفية :

آ - قوله ﷺ : (لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه) رواه النسائي والدارقطني وهذا لفظه (١) . ذكر ابن الهمام تضعيف العلماء له بالإرسال ثم قال : وعندنا الإرسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأما قوله .

قال في شرح العناية : لا يقال : هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قائمة لا ترد إلى صاحبها ، لأن ذلك لا يسمى غرمًا ، وترد لبقائها على ملكه .

ب - قالوا : إن وجوب الضمان ينافي القطع ، لأن الغارم يملك المسروق بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ ، وعندها يتبين أن الأخذ ورد على ملكه ، فينتفي القطع للشبهة ، لكن القطع ثابت قطعاً ، فما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفي ، والمؤدي إليه هو الضمان ، فينتفي .

ج - قالوا أيضاً : إن المسروق لا يبقى - مع القطع - معصوماً حقاً للعبد ، إذ لو بقي لكان مباحاً في نفسه - لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حقاً للعبد ، فهو مباح في نفسه - وعندها يكون المال للسارق حراماً من وجه دون وجه ، فينتفي

(١) ولفظ النسائي : (لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد) . (عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه) قال : وهذا مرسل وليس بثابت . (٨٥/٨) .

القطع للشبهة ، إذ الشبهة أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه ، والقطع ثابت بالإجماع ، فدل على أنه لم يبق المال معصوماً حقاً للعبد ، وإذا ثبت هذا : صار المال محرماً حقاً للشرع ، كالميتة ، ولا ضمان فيه [الهداية وشروحها : ٢٦١/٤ - ٢٦٣] .

٣ - وعمدة مالك رحمه الله تعالى في التفريق بين الموسر والمفسر المصلحة المرسله .

قال ابن رشد : وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس .

وإذا ذكر الاستحسان عند مالك كان المراد به الاستصلاح .

قال ابن رشد : ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة

والعدل [بداية المجتهد : ٢/٤٤٣ ، ١٨٤] .

المسألة الثالثة عشرة : شهادة الصبيان في الجراح :

اتفق الأئمة على اشتراط البلوغ في قبول الشهادة جملةً ، واختلفوا في قبول

شهادة الصبيان في جراح بعضهم بعضاً :

١ - فذهب مالك رحمه الله تعالى إلى قبولها ، إذا شهدوا قبل أن يتفرقوا أو

يعلموا .

قال في الموطأ [٧٢٦/٢] : وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها

لا تجوز في غير ذلك ، إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخبوا^(١) أو يعلموا .

٢ - وذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى : أنها لا تقبل مطلقاً .

قال الشافعي [الأم : ٤٤/٧] : لا تجوز شهادة الصبيان في حال من الأحوال .

وقال في موطن آخر [١١٧/٧] : ولا تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في

الجراح ولا غيرها ، قبل أن يتفرقوا ، ولا بعد أن يتفرقوا .

وقال ابن الهمام [فتح القدير : ٢/٦] : وشرطها (أي الشهادة) البلوغ

والعقل والولاية - فخرج الصبي والعبد - والسمع والبصر ، للحاجة إلى التمييز

بين المدعي والمدعى عليه .

(١) يخدعوا (المصباح) .

- ٣ - وعن أحمد رحمه الله تعالى : ثلاث روايات ، والمذهب أنها لا تقبل مطلقاً .
- قال ابن قدامة [المغني : ١٠ / ١٤٤] : فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال .
- وعن أحمد رواية أخرى : أن شهادتهم تقبل في الجراح ، إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها ، لأن الظاهر صدقهم .
- وروي عن أحمد رواية ثالثة : أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر ، قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص ، كالعييد .
- قال : والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء .

الأدلة :

- ١ - أما مالك رحمه الله تعالى : فالظاهر أنه اجتمع له في هذا ثلاثة أدلة ، كل منها حجة عنده - على ما سئرى - وهي :
- المصلحة المرسله : فالظاهر أنه رأى صدقهم غالباً في هذه الحال ، وأنه إذا لم تقبل شهادتهم ضاع حق بعضهم ، طالما أنه لا يوجد معهم من تقوم بهم البينة ، والغالب من حالهم - في ألباهم واجتماعهم - أنهم لا يحضرهم الكبار ، ولذا خص قبول شهادتهم بالحال التي وصفها . قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٤٥٢] :
- وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة .
- عمل أهل المدينة : فقد قال في الموطأ [٢ / ٧٢٦] : الأمر المجتمع عليه عندنا : أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ، ولا تجوز على غيرهم ، وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها ، لا تجوز في غير ذلك إذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخبوا أو يعلموا ، فإن افترقوا فلا شهادة لهم ، إلا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يتفرقوا .
- عمل الصحابي : وذلك ما رواه في الموطأ [٢ / ٧٢٦] من أن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما : كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح .

٢ - وأما حجة الجمهور :

- النصوص : ومنها :

- قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » / البقرة : ٢٨٢ / •
وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ •

- قوله تعالى : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » / الطلاق : ٢ / • فالإجماع
على اشتراط العدالة في الشهادة ، ومن شرط العدالة البلوغ •

- قوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » / البقرة : ٢٨٢ / • والصبي
ممن لا يرضى ، قال الشافعي : لا تجوز شهادة الصبيان في حال من الأحوال ، لأنهم
ليسوا ممن يرضى من الشهداء ، وإنما أمرنا الله عز وجل أن نقبل شهادة من يرضى •
- قوله تعالى : « ولا تكتسوا الشهادة من يكتسبها فإنه آثم قلبه »
/ البقرة : ٢٨٣ / •

أخبر الله تعالى : أن الشاهد هو الذي يَأْثُم إذا كنتم شهادته ، والصبي لا يَأْثُم ،
فيدل على أنه ليس بشاهد •

- القياس : وذلك من وجهين :

- أن من تقبل شهادته في شيء قبلت في كل شيء ، ومن قبلت شهادته في حال
قبلت في كل حال ، ومن قبلت شهادته على مشهود عليه قبلت على غيره ، فقبول
شهادة الصبي - في الجراح دون غيرها ، وقبولها قبل الافتراق لا بعده ، وقبولها
على الصبي دون البالغ - أمر غير معروف ، ومخالف للقياس •

قال الشافعي : ومن قبلنا شهادته قبلنا حين يشهد بها في الموقف الذي يشهد
بها فيه وبعده ، وفي كل حال ، ولا أعرف مكان من تقبل شهادته قبل أن يعلم ويجرب
ويفارق موقفه ، إذا علمنا أن عقل الشاهد هكذا ، فمن أجاز لنا أن نقبل شهادة من
لا يدري ما لله - تبارك وتعالى اسمه - عليه في الشهادة وليس عليه بفرض • وقال :
لا أعرف شاهداً يكون مقبولاً على صبي ولا يكون مقبولاً على بالغ ، ويكون
مقبولاً في مقامه ومردوداً بعد مقامه ، والله سبحانه وتعالى الموفق •

وقال ابن قدامة : ومن لا تقبل شهادته في المال ، لا تقبل في الجراح ، كالفاسق ،
ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله ، لا تقبل على مثله ، كالمجنون .

— الإقرار أوسع من الشهادة — حيث إنه يقبل فيه قول من لا تصح شهادتهم —
ومع ذلك لا يقبل إقرار الصبي على نفسه ، فمن باب أولى أن لا تقبل شهادته على غيره .

قال ابن قدامة : ولأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار ، لا تقبل شهادته
على غيره كالمجنون ، والإقرار أوسع ، فيقبل ممن لا تصح شهادتهم .

— قول الصحابي : فقد ورد أن ابن عباس رضي الله عنهما خالف ابن الزبير ورد
شهادتهم .

قال الشافعي بعد تقريره رأيه : وهذا قول ابن عباس رضي الله عنهما ، وخلفه
ابن الزبير وقال : نجيز شهادتهم إذا لم يتفرقوا ، وقول ابن عباس رضي الله عنهما
أشبه بالقرآن والقياس (١) .

[الأم : ٤٤/٧ ، ١١٧ ، المغني : ١٠/١٤٤ — ١٤٥ ، الهداية وشروحها : ٦/٢ — ١٠]

المسألة الرابعة عشرة : تحليف المدعى عليه :

اتفق الأئمة على أنه إذا كانت الدعوى في الأموال ، ولم تكن للمدعي بينة ،
وجبت اليمين على المدعى عليه .

واختلفوا هل يحلف كل مدعى عليه (في هذه الحال) أو لا يحلف إلا من ثبتت
بينه وبين المدعي خلطة ؟

١ — ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : لا يحلف المدعى عليه إلا إذا كانت
بينه وبين المدعي مخالطة أو ملاسة .

جاء في الموطأ [٧٣٦/٢] : أنه من ادعى على رجل بدعوى نظير : فإن كانت

(١) سيأتي أن الشافعي يأخذ بقول الصحابي الأشبه بالقياس وظاهر القرآن
إذا اختلف الصحابة .

بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدعى عليه ، فإن حلف بطل ذلك الحق عنه ، وإن أبى أن يحلف ، ورد اليمين على المدعي ، فحلف طالب الحق أخذ حقه .

٢ - وذهب الأئمة الثلاثة - الشافعي وأحمد وأبو حنيفة - رحمهم الله تعالى إلى : أن اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى ، ولم يشترطوا في ذلك شيئاً .

قال في الأم [٢٣٧/٦] : ما كان بيد مالك - من كان المالك - من شيء يملك - ما كان المملوك - فادعاه من يملك بحال ، فالبينة على المدعي ، فإن جاء بها أخذ ما ادعى ، وإن لم يأت بها ، فعلى المدعى عليه الشيء في يديه اليمين بإبطال دعواه فإن حلف برىء ، وإن نكل قيل للمدعي : لا نعطيك بنكوله شيئاً دون أن تحلف على دعواك مع نكوله ، فإن حلفت أعطيناك دعواك ، وإن أبيت لم نعطك دعواك .

قال : وسواء كانت بينهما مخالطة أو لم تكن .

وقال في المغني [٢٠٣/١٠ ، ٢١٣] : وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، امرأة أو رجلاً . وقال : فإذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبرىء .

وجاء في الهداية [١٥١/٦] : وإذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها ، فإن اعترف قضى عليه بها ، وإن أنكر سأل المدعي البينة ، فإن أحضرها قضى بها ، وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصه استحلفه عليها .

الأدلة :

١ - عمدة مالك رحمه الله تعالى فيما ذهب إليه النظر إلى المصلحة : حتى لا يتخذ الناس الدعاوى ذريعة إلى القضاء ، فيحصل الأذى لكثير من الناس دون مبرر . قال : ابن رشد [بداية المجتهد : ٤٦١/٢] : وقال مالك : لا تجب اليمين إلا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة ، وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة ، لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعנית بعضهم بعضاً ، وإذابة بعضهم بعضاً .

وقال الزرقاني [شرح الموطأ : ٤ / ٣٨٦] : لثلا يتنذل أهل السفه أهل الفضل
بتحليفهم مراراً في اليوم الواحد ، فاشتربت الخلطة لهذه المفسدة .

ولمالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة دليل آخر وهو عمل أهل المدينة .
جاء في الموطأ [٢ / ٧٣٥] : قال يحيى : قال مالك : عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن
أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز - وهو يقضي بين الناس - فإذا جاء الرجل يدعي
على الرجل حقاً نظر : فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذي ادعي عليه ،
وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه . قال مالك : وعلى ذلك الأمر عندنا .

٢ - وعمدة الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى :

عموم قوله ﷺ : (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) .
[الترمذي : ٣ / ٦٢٦]

فإنه يتناول كل مدعى عليه ، ولم يفرق النبي ﷺ بين مدعى عليه وآخر .
قال الشافعي : ووجدت النبي ﷺ يقول : واليمين على المدعى عليه ، فلا يجوز أن
تكون على مدعى عليه دون مدعى عليه إلا بخبر لازم يفرق بينهما .

وبما أنه لا يوجد خبر يفرق بين مدعى عليه وآخر ، وجب الحكم باليمين على
كل مدعى عليه حيث لا بينة للمدعي .

وورد أنه ﷺ سأل المدعي : (ألك بينة ؟ فقال : لا . فقال : لك يمينه) (١) .

وجه الاستدلال بهذه الرواية أنه ﷺ رتب وجوب اليمين على فقد البينة ، ولم
يستفسر عن شيء سوى ذلك .

[الأم : ٦ / ٢٣٩ ، المغني : ١٠ / ٢٠٣ ، ٢١٣ ، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير :
٢ / ٥٠٩ - ٥١٠ ، الهداية وشروحها : ٦ / ١٥١]

(١) أخرجه البخاري عن الأشعث بن قيس بلفظ (فليحلف بدل : لك يمينه)
٢٣٢ / ٣ ، ٩٠ / ٩ .

المسألة الخامسة عشرة : حبس المدين إذا ادعى الفلاس :

اتفق الأئمة الأربعة على أن المدين إذا ادعى الفلاس ، وأنه لا مال له — وصدقه الغرماء ، أو قامت البينة على ذلك — أنه يجب إظهاره ولا يحبس • وذلك لقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » / البقرة : ٢٨٠ / •

وأما إذا لم يصدقه الغرماء في أنه لا مال له ، ولم تقم بينة على ذلك ، فإنهم أيضاً اتفقوا على أنه يحبس حتى يتبين صدقه ، فإذا شهدت البينة بإعساره خلي سبيله • وإن اختلفوا في ملازمة غرمائه له وعدمها •

وإليك أقوال الأئمة والمذاهب في ذلك :

١ — قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم [١٨٩/٣] : وإذا كان للرجل مال يرى في يديه ، ويظهر منه شيء ، ثم قام أهل الدين عليه فأثبتوا حقوقهم : فإن أخرج مالا ، أو وجد له ظاهر يبلغ حقوقهم ، أعطوا حقوقهم ولم يحبس ، وإن لم يظهر له مال ولم يوجد له ما يبلغ حقوقهم حبس ، ويبيع في ماله ما قدر عليه من شيء ، فإن ذكر حاجة دعي بالبينة عليها ، وأقبل منه البينة على الحاجة ، وأن لاشيء له إذا كانوا عدولاً خابرين به ، قبل الحبس — ولا أحبسه — ويوم أحبسه ، وبعد مدة أقامها في الحبس ، وأحلفه — مع ذلك كله — بالله ما يملك ، ولا يجد لغرمائه قضاء في نقد ولا عرض ولا بوجه من الوجوه ، ثم أخليه ، وأمنع غرمائه من لزومه إذا خليته •

٢ — وقال في بداية المبتدئ : قال أبو حنيفة : لا أحجر في الدين ، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ، فإن كان له مال : لم يتصرف فيه الحاكم ، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه • وقال : فإن لم يعرف للمفلس مال ، وطلب غرماؤه حبسه — وهو يقول : لا مال لي — حبسه الحاكم : في كل دين لزمه بدلاً عن مال في يده : كضمن المبيع وبذل القرض ، وفي كل دين التزمه بعقد : كالمهر والكفالة • وقال في الهداية : إن أقام البينة أنه لا مال له خلي سبيله •

قال في البداية : ولا يحول بينه وبين غرمائه • بعد خروجه من الحبس ويلازمونه ولا يمنعون من التصرف والسفر [الهداية وشروحه : ٧ / ٣٢٤ - ٣٢٩] •

٣ - وقال الخرقى : ومن وجب عليه حق ، فذكر أنه معسر به ، حبس إلى أن يأتي بيينة تشهد بعسرتة •

قال ابن قدامة : إن من وجب عليه دين حال ، فطوب به ولم يؤده ، نظر الحاكم : فإن كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء ، وإن لم يجد له مالا ظاهرا فادعى الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس ، ووجب إقطاعه ، ولم تجز ملازمته ، وإن كذبه غريمه فلا يخلو : إما أن يكون عرف له مال ، أو لم يعرف :

فإن عرف له مال - لكون الدين ثبت عن معاوضة : كالقرض والبيع ، أو عرف له أصل مال - سوى هذا - فالقول قول غريمه مع يمينه ، فإذا حلف أنه ذو مال ، حبس حتى تشهد البينة بإعساره [المغني : ٤ / ٣٣٨ - ٣٣٩] •

٤ - وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٤٦١] : وأما إذا أقر الخصم : فإن كان المدعى فيه عيناً : فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه ، وأما إذا كان مالا في الذمة : فإنه يكلف المقر غرمه ، فإن ادعى العدم حبسه القاضي - عند مالك - حتى يتبين عدمه ، إما : بطول السجن أو بالبيينة إن كان متهماً ، فإذا لاح عسره خلى سبيله •

هذه أقوال المذاهب والأئمة ، وكلها تصرح بحبس المدين حتى يثبت إعساره ، قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين • [المغني : ٤ / ٣٣٩]

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٢٨٩] : وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلاس ، ولم يعلم صدقه ، أنه يحبس حتى يتبين صدقه ، أو يقر له بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك خلى سبيله •

الدليل :

- والظاهر أن عمدة القول بالحبس ، إنما هو النظر إلى المصلحة ، حتى لا تضيع على الناس حقوقهم ، ويتوصل بعضهم إلى أكل أموال الناس بالباطل بمجرد

إعلان الفلس وادعاء العدم ، فالقول بالحبس ينه مثل هؤلاء لأن يضعوا في حسابهم مغبة هذه الدعوى ، ويتصوروا ظلمة السجن وقساوته ، فينزجروا عما - قد يكونون - عزموا عليه من الإثم . فيكون القول بالحبس حفظاً وصيانة للأموال عن الضياع ، وذلك مصلحة يلتفت إليها في النظر الفقهي .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٢٨٩] : وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون - وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح - لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض : وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة ، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل .

والقياس المرسل هو المصلحة المرسلة في اصطلاح الأصوليين ، والقول به هو الاستصلاح .



الباب الثاني في الاستحسان وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : الاستحسان

الفصل الثاني : أثر الاستحسان في المسائل الفقهية

الفصل الأول

الاستحسان

- تعريفه وتحرير محل النزاع
- مذاهب العلماء في حجته وأدلتهم
- أنواعه عند القائلين به

تعريف :

الاستحسان في اللغة : استفعال ، من الحسن ، وهو عد الشيء واعتقاده حسناً . [لسان العرب ، مادة : حسن]

وأما في اصطلاح الأصوليين :

١ - فقد عرفه الغزالي الشافعي في كتابه المستصفى [١٣٧/١] بقوله : ما يستحسنه المجتهد بعقله . وقال عن هذا التعريف إنه : هو الذي يسبق إلى الفهم .

٢ - وعرفه الموفق ابن قدامة المقدسي الحنبلي في كتابه روضة الناظر [٨٥] بقوله : إن المراد به : العدول بحكم المسألة عن نظائرها ، لدليل خاص من كتاب أو سنة .

٣ - وعرفه أبو إسحاق الشاطبي المالكي بقوله :

وهو - في مذهب مالك - الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ^(١) .

٤ - وعرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي بقوله :

هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر ، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول ^(٢) .

وقد ذكر الحنفية تعاريف عدة للاستحسان ، لعل أفضلها وأحسنها هو ما ذكره أبو الحسن الكرخي .

قال الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه أبو حنيفة [٣٤٣] : وأحسن تعريف - في نظري - هو ما قاله أبو الحسن الكرخي . وقال : وإنما رأينا ذلك التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان لأنه يشمل كل أنواعه ، ويبين أساسه ولبه : إذ

(١) الموافقات : ٢٠٥/٤ ، الاعتصام : ١٣٩/٢ .

(٢) الإحكام للآمدي : ١٣٧/٤ ، العضد على ابن الحاجب : ٢٨٨/٢ .

أساسه أن يجيء الحكم مخالفاً قاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمسك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالاً في المسألة من القياس ، ويصور أن الاستحسان — كيفما كانت صورته وأقسامه — يكون في مسألة جزئية — ولو نسبياً — في مقابل قاعدة كلية ، فليجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية ، لكيلا يؤدي الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه . هـ .

أقول : ويؤيد ما ذهب إليه الشيخ أبو زهرة — من أن هذا التعريف أشمل التعاريف — الرجوع إلى الفروع الفقهية الاستحسانية المنبثة في كتب المذاهب القائلة به — كما سنرى — إن شاء الله تعالى .

ويشبه تعريف الكرخي تعريفهم له : بأنه دليل يقابل القياس الجلي ، وقولهم هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه (١) .

٥ — وعرفه بعض متقدمي الحنفية بقوله : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه (٢) . ولذلك أطلقوا عليه أنه : القياس الخفي .

٦ — وبعضهم بقوله : إنه دليل ينقذ في ذهن المجتهد، ويعسر عليه التعبير عنه .

٧ — وعرفه بعضهم بقوله : هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة ، لمصلحة الناس (٣) .

تحرير محل النزاع في معنى الاستحسان :

بعد أن ذكرنا التعاريف المتعددة للاستحسان نحاول أن نحرر محل النزاع فيه فنقول :

ليس الخلاف في جواز استعمال لفظ الاستحسان وإطلاقه ، فإن هذا اللفظ وارد ومستعمل في الكتاب والسنة وأقوال المجتهدين .

(١) كشف الأسرار : ٣/٤ ، شروح المنار : ٨١١ . وغيرها .

(٢) الإحكام : ١٣٧/٤ وأكثر كتب الأصول .

(٣) العضد : ٢٨٨/٢ .

— أما الكتاب : فقوله تعالى « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه »
 /الزمر : ١٨/ وقوله تعالى : « وأمر قومك يأخذوا بأحسنها » /الأعراف : ١٤٥/ .
 — وأما السنة : فقوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) (١) .
 — وأما إطلاق المجتهدين :

فما نقل عن الأئمة من : أنهم استحسنا دخول الحمام من غير تقدير عوض
 الماء المستعمل ، ولا تقدير مدة السكون فيها وتقدير أجرته .

وكذلك ما نقل عن الشافعي أنه قال في المتعة (٢) : استحس أن تكون ثلاثين
 درهماً . وقوله : استحس ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام . وقوله : استحس
 ترك شيء للمكاتب من نجوم المكاتب (٣) .

ولا خلاف أيضاً في أن الاستحسان — إذا كان يراد به : ما يميل إليه الإنسان
 ويهواه من الصور والمعاني ، وإن كان مستقبلاً عنده غيره — لا خلاف أنه مردود
 وباطل لاتفاق الأمة — قبل ظهور المخالفين — على أنه لا يجوز أن يقول أحد في شرع
 الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه ، من غير دليل شرعي ، يستوي في ذلك المجتهد
 والعامي (٤) .

وعلى هذا يكون الخلاف في معنى الاستحسان غير ما سبق ذكره .
 وإذا أمعنا النظر في التعاريف السابقة للاستحسان تلخص لدينا ما يلي :

(١) قال الزيلعي في نصب الراية : غريب مرفوعاً ، ولم أجده إلا موقوفاً عن ابن
 مسعود رضي الله عنه ، وله طرق أحدها : رواه أحمد في مسنده (نصب الراية :
 ١٣٣/٤) وأخرجه أحمد في مسنده : ٣٦٠١/٥ .

(٢) ما يعطى للمرأة المطلقة غير المدخول بها والتي لم يعين لها مهر .

(٣) الاسنوي : ١٣٩/٣ ، الإحكام : ١٣٦/٤ ، المحصول : ٢ : ٧٩٥ .

(٤) الاسنوي : ١٤٠/٣ ، الإحكام : ١٣٦/٤ .

١ - إذا نظرنا إلى الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به أبو الحسن الكرخي الحنفي وما شابهه من التعاريف ، وجدنا أن العمل به محل اتفاق لدى جميع الأئمة وإن اختلفوا في التسمية ، وذلك لأننا نجد أن الاستحسان بهذا المعنى لا يخرج عن الأدلة الشرعية المتفق عليها . وكذلك إذا أخذناه بالمعنى المذكور في التعريف الخامس .

يقول سعد الدين التفتازاني في حاشيته على العضد : اعلم أن الذي استقر عليه رأي المتأخرين هو : أن الاستحسان عبارة عن دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام ، وهو حجة ، لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعاً لأنه :

— إما بالأثر : كالسلم ، والإجارة ، وبقاء الصوم في النسيان .

وإما بالإجماع : كالاتصناع .

— وإما بالضرورة : كطهارة الحيض والآبار .

— وإما بالقياس الخفي ، وأمثله كثيرة . ثم قال : وأنت خير بأنه على هذه التفسير ليس دليلاً خارجاً عما ذكر من الأدلة (١) .

وقال الغزالي [المستصفى : ١٣٩/١] بعد إيراده هذا المعنى وأمثله : وهذا مما لا ينكر ، وإنما يرجع الإنكار إلى اللفظ ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحساناً من بين سائر الأدلة (٢) .

ويقول المحلي في شرحه على جمع الجوامع [٣٥٣/٢] بعد ذكره تعريف بعض متقدمي الحنفية : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه ، ولا خلاف فيه بهذا المعنى ، فإن أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعاً .

ومثل هذا الكلام يقال — من باب أولى — في المعنى الذي ذكره ابن قدامة المقدسي ، فإنه نقل عن القاضي يعقوب قوله : القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه

(١) حاشية السعد على العضد : ٢٨٩/٢ وانظر : فتح الفغار بشرح المنار :

٣٠/٣ .

(٢) انظر الشافعي لأبي زهرة : ٢٩٨ .

الله ، وهو : أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه • وهذا مما لا ينكر ، وإن اختلف في تسميته ، فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى •
[روضة الناظر : ٨٥]

٢ - وإذا أخذنا الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به الشاطبي وجدنا : أنه يمكن اعتبار هذا المعنى محلاً للخلاف ، حيث إنه عدول عن القياس في مسألة جزئية إلى حكم آخر اقتضته مصلحة جزئية في هذه المسألة ، والاستحسان على هذا النحو مسلك - في استخراج الأحكام - غير الكتاب والسنة والإجماع والقياس • فهو يصلح محلاً للنزاع ، ولكن البحث فيه يتعلق ببحث المصالح المرسله أكثر من تعلقه بالاستحسان ، لأنه فرع منها ، إذ إن فيه عدولاً عن مقتضى حكم القياس في قضية إلى حكم آخر إذا كان القياس يؤدي إلى حرج غير عادي أو إلى ضرر غالب أعظم من المصلحة المتوخاة في أعمال القياس ، يؤكد هذا ما قاله الشاطبي بعد تعريفه الاستحسان : ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن من استحسّن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً ، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك •
[الموافقات : ٢٠٦/٤] وهذا هو الاستصلاح على الإجمال •

على أننا نستطيع القول : إن الاستحسان بهذا المعنى يختلف عن قاعدة الاستصلاح ، من حيث إن الاستحسان أخذ بمصلحة جزئية تخالف مقتضى القواعد القياسية على سبيل الاستثناء من تلك القواعد ، بينما بناء الحكم على مقتضى المصلحة المرسله : لا يشترط فيه أن يكون ثمة قياس يعارضها ، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد • قال الشاطبي بعد ذكره مسائل على الاستحسان : فإن قيل : هذا من باب المصالح المرسله لا من باب الاستحسان ، قلنا : نعم ، إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد ، بخلاف المصالح المرسله^(١) •

(١) الاعتصام : ١٤١/٢ وانظر : المدخل الفقهي : ٧٦-٧٩ وكتاب مالك لأبي

زهرة : ٣٥٧-٣٥٨ •

٣ - ذكر الآمدي في الأحكام : أن النزاع إنما هو في إطلاقهم الاستحسان على العدول عن حكم الدليل إلى العادة .

على أن أكثر الأصوليين - ومنهم الآمدي - يرون أن هذا المعنى لا يصلح محلاً للنزاع أيضاً ، وذلك لأن العادة : إن كان يراد بها :

- ما ثبت في زمانه ﷺ - من غير إنكار منه - كان الحكم ثابتاً بالسنة .

- أو ما جرى في عهد الصحابة رضي الله عنهم - من غير إنكارهم عليه - كان الحكم ثابتاً بالإجماع .

وفي هذين الحالين يعمل بهذه العادة بالاتفاق .

وإن كان يراد بالعادة شيء آخر غير ما ذكر - مما لم تثبت حجتيه : كالعادات المستحدثة للعامة فيما بينهم - كانت هذه العادة مردودة قطعاً ، ويمتنع ترك الدليل الشرعي بها .

وعلى هذا لا يصلح هذا المعنى للاستحسان محلاً للنزاع^(١) .

على أن هذا يتعلق ببحث العرف ، وهل يقدم على القياس عند التعارض أم لا ؟ .

٤ - والظاهر من كلام بعض الأصوليين أن الخلاف يظهر في موطنين :

أحدهما : استعمال الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به متقدمو الحنفية بقولهم : دليل ينقدح في ذهن المجتهد لا تساعده العبارة عنه ، حيث وصفه - بعض النافين للاستحسان - بأنه هوس ووهم وخيال^(٢) .

وقيل إن هذا المعنى هو أكثر ما كان يقصده متقدمو الحنفية ، ويشبه أن يكون هو مراد الإمام أبي حنيفة نفسه . [ضوابط المصلحة : ٢٣٧]

(١) الأحكام : ١٣٨/٤ ، المضد : ٢٨٨/٢ ، حاشية البناني على المحلي : ٣٥٣/٢

(٢) المستصفى : ١٣٩/١ ، روضة الناظر : ٨٦ ، الاسنوي : ١٢٨/٣ (منهاج البيضاوي) .

على أن أكثر الأصوليين يرون أن هذا المعنى - أيضاً - لا يصلح محلاً للنزاع لأنه متردد بين القبول والرد ، إذ إن ما ينقدح في نفسه :

- إن كان بمعنى : أن المجتهد قد ثبت واطمأن لما انقدح في ذهنه من الدليل ، وأنه من الأدلة الشرعية ، فلا خلاف في وجوب العمل عليه بهذا الدليل ، ولا أثر لعجزه عن التعبير عنه ، إلا إذا أراد أن يجادل غيره فلا بد من إظهاره •

- وإن كان بمعنى : أن المجتهد شاك ومتردد : هل ما انقدح في نفسه دليل محقق ، أم هو وهم مجرد فاسد ، فلا خلاف حينئذ في رد هذا المعنى ، وبطلان مثل هذا الدليل •

الموطن الثاني : هو استعمال الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به الغزالي بقوله : ما يستحسنه المجتهد بعقله : حيث إن هذا المعنى للاستحسان هو الذي يسبق إلى الفهم ، كما قال الغزالي • والظاهر أن المراد بهذا ما يستحسنه المجتهد بعقله دون أن يكون هناك دليل يستند إليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس ، ولذلك وصفه الشافعي بقوله : وإنما الاستحسان تلذذ [الرسالة : ٥٠٧] • ولا يمكن أن يكون مراد الشافعي ما سبق في معاني الاستحسان التي مردها إلى الأدلة المقبولة اتفاقاً • ويؤكد هذا قوله أيضاً : ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول - من غير أهل العلم - أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان • [الرسالة : ٥٠٥] وقوله أيضاً [الأم : ٢٧٠/٧] :

وكل ما وصفت - مع ما أنا ذاكر ، وسأكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر : من حكم الله ، ثم حكم رسوله ﷺ ، ثم حكم المسلمين - دليل على أن لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً ومفتياً أن يحكم ، ولا أن يقتضي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ، ثم السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن يحكم بالاستحسان ، إذ لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني • هـ • قال الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الشافعي [٢٨٦] بعد سوقه هذا النص :

هذه الجملة لها ظائر في كتاب إبطال الاستحسان ، وفي كتاب جماع العلم ، وفي الرسالة وفي غيرها من ثنايا كتاب الأم ، وهي - ونظائرها - تدل على : أن كل اجتهد لم يعتمد فيه المجتهد على الكتاب ، أو السنة ، أو أثر ، أو إجماع ، أو على قياس على واحد منها يكون استحساناً ، لأن المجتهد يكون قد أخذ فيه بما يستحسن لا بما أعطاه الدليل بنصه أو بدلالته . اهـ .

على أن هذا المعنى - الذي قصده الشافعي رحمه الله تعالى ومن بعده الغزالي - لا يصلح - في الحقيقة - محلاً للنزاع ، لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالتشهي والهوى ، وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهوواه من غير دليل شرعي .

ومن ناحية أخرى : نرى أن معاني الاستحسان المتعددة التي سبق ذكرها - وخاصة ما ذكره القائلون بالاستحسان على ما سنرى - لا تنطبق على هذا المعنى .

قال الشاطبي [الاعتصام : ١٣٨/٢] بعد ذكره تعريف الاستحسان وأقوال بعض الأئمة فيه : وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذي تقدم قبل ، وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد تعسر عبارته عنه ، فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم ، ولا أغلب من القياس الذي هو أحد الأدلة .

هذا ، ومن الصراحة أن أقول : إنني بعد هذه الجولة في تحرير محل النزاع ، أجدني مضطراً إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين في هذا الباب : من أنه - في الحقيقة - لا يتحقق معنى للاستحسان يصلح محلاً للنزاع ، ولا يعدو الخلاف أن يكون خلافاً في التسمية ، ولا حاصل للنزاع اللفظي .

قال العضد : والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه . وقال الأسنوي : وقد تلخص من هذه المسألة : أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه . وقال المحلي بعد ذكره التعاريف والجواب عنها : فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلاً للنزاع ^(١) .

(١) العضد : ٢٨٨/٢ ، الأسنوي : ١٤١/٣ ، حاشية البناني : ٣٥٣/٢ وانظر ضوابط المصلحة : ٢٤٥ - ٢٤٦ .

مذاهب العلماء في حجية الاستحسان :

رغم ما ذكرناه - في تحرير محل النزاع من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح محلاً للنزاع - فلقد تباعد القول في حجيته وعدمها ، فمن قائل : إنه تسعة أعشار العلم ، ومن قائل : من استحسّن فقد شرع . وسنعرض لآراء المذاهب في هذا ثم نذكر ما استدلل به كل من القائلين بحجّيته والمبطلين له .

١ - الحنفية :

قال الشيخ أبو زهرة في كتابه أبو حنيفة [٣٤٢] : أكثر أبو حنيفة من الاستحسان وكان فيه لا يجارى ، حتى لقد قال فيه محمد رضي الله عنه : إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس ، فإذا قال : استحسن لم يلحق به أحد . ولقد كان يقيس ما استقام له القياس ولم يقبح ، فإذا قبح القياس ، استحسن ولا حظ تعامل الناس . اهـ .

وهذه الحقيقة التي يذكرها الشيخ أبو زهرة لا تحتاج إلى كثير غناء لإثباتها فجميع كتب الأصول تذكر : أن الحنفية يقولون بالاستحسان ، وحسبنا أن تصفح أي كتاب من كتب الفروع في المذهب الحنفي لنرى كثرة المسائل الاستحسانية تنبث في جميع الأبواب الفقهية . وخدمة للموضوع فلقد تصفحت كتاب الهداية للمرغيناني - الذي يعتبر عمدة في المذهب الحنفي - وأحصيت المسائل الاستحسانية فيه ، فإذا بها بضع وسبعون ومائة مسألة ، وهذا يكفي للقول بأن الحنفية : هم أول من يقول بالاستحسان ، وأنهم أكثروا منه . بل المشهور أنهم - هم وحدهم - الذين يقولون به ، كما تذكر أكثر كتب الأصول (١) .

٢ - المالكية :

قال الشاطبي : إن الاستحسان يراه معتبراً في الأحكام مالك وأبو حنيفة . وقال : بل قد جاء عن مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم ، ورواه أصبغ عن ابن القاسم

(١) انظر : البناني : ٣٥٣/٢ ، المستصفى : ١٣٦/١ .

عن مالك ، قال أصبغ في الاستحسان : قد يكون أغلب من القياس ، وجاء عن مالك :
أن المفرق في القياس يكاد يفارق السنة (١) .

فهذه النصوص صريحة في أن مالكا وأصحابه رحمهم الله تعالى قد أخذوا
بالاستحسان وأكثروا منه .

قال الشيخ أبو زهرة في كتابه مالك [٣٥٢] : تضافرت المصادر التي تثبت أن
مالكا رضي الله عنه كان يأخذ بالاستحسان ، فالقرافي يذكر : أنه كان يفتي على مقتضى
الاستحسان أحيانا ، ويقول فيه : قال به مالك رحمه الله في عدة مسائل في تضمين
الصناع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم ، وتضمين الحمالين للطعام والإدام دون
غيرهم . اهـ .

وتجدر الإشارة هنا إلى : أن ما يريده المالكية من الاستحسان ليس هو عين
ما يريده الحنفية ، وإن كانوا يلتقون معهم في بعض أنواعه ، ويتضح ذلك من الأمثلة
التي ذكرها القرافي مع ما سبق بيانه عند الكلام عن تعريف الاستحسان وتحرير محل
النزاع فيه .

بل إن هذه المسائل التي ذكرها القرافي هي من أبرز المسائل المعتمد فيها على
الاستصلاح عندهم (٢) .

٣ - الحنابلة :

تذكر بعض كتب الأصول : أن الحنابلة يقولون بالاستحسان كما يقول به
الحنفية ، ذكر ذلك الآمدي وابن الحاجب .

جاء في الإحكام للآمدي [١٣٦/٤] : وقد اختلف فيه : فقال به أصحاب أبي
حنيفة وأحمد بن حنبل ، وأنكره الباقر . اهـ .

(١) الاعتصام : ١٣٧/٢ ، ١٣٨ ، الموافقات : ٢١٠/٤ .

(٢) انظر مسألة تضمين الصناع : الفصل الثاني من الباب السابق .

وجاء في مختصر ابن الحاجب [٢٨٨/٢] : الاستحسان قال به الحنفية والحنابلة وأنكره غيرهم . اهـ .

وخالفهما في ذلك الحلال المحلي في شرحه على جمع الجوامع [٣٥٣/٢] فقال : الاستحسان قال به أبو حنيفة ، وأنكره الباقر من العلماء منهم الحنابلة ، خلاف قول ابن الحاجب : قال به الحنفية والحنابلة . اهـ .

والذي يذكره الموفق ابن قدامة الحنبلي يوافق ما ذكره الآمدي وابن الحاجب ، حيث قال في روضة الناظر [٨٥] : قال القاضي يعقوب : القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه الله . اهـ .

على أن المراد - أيضاً - نوع خاص من الاستحسان ، وليس على إطلاقه ، كما بينا ذلك في الكلام عن معنى الاستحسان وتحرير محل النزاع فيه .

٤ - الشافعية :

وأما الشافعية - وعلى رأسهم إمامهم الشافعي رحمه الله تعالى - فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون به ، بل شددوا النكير على من اعتبره حجة في استنباط الأحكام ولا أدل على ذلك من قول الشافعي المشهور : من استحسّن فقد شرع^(١) .

وقال في الأم [٢٧٠/٧] : وكل ما وصفت - مع ما أنا ذاكر ، وسأكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر من حكم الله ، ثم حكم رسوله ﷺ ، ثم حكم المسلمين - دليل على أن لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكماً ، أو مفتياً ، أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ، ثم السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا ، ولا يجوز له أن يحكم ولا يفتي بالاستحسان ، إذ لم يكن الاستحسان واجباً ولا في واحد من هذه المعاني .

وقال أيضاً بعد ذكره أدلة على بطلان الاستحسان [٢٧٣/٧] : وكل أمر الله جل ذكره - وأشباه لهذا - تدل على إباحة القياس وحظر أن يعمل بخلافه من الاستحسان .

(١) تذكر هذا القول عنه غالب كتب الأصول إن لم نقل جميعها .

وجاء في الرسالة [٥٠٤ ، ٥٠٥] : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل أستحسن بغير

قياس ؟ *

فقلت : لا يجوز هذا عندي - والله أعلم - لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر - باتباعه فيما ليس فيه الخبر - بالقياس على الخبر . *

وقال : وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله ولا في القياس . اهـ . *

هذه النصوص - وكثير غيرها في كلام الشافعي - فيها بيان لرأي الشافعي في الاستحسان ، لا يحتاج إلى مزيد إيضاح وتفصيل ، وهي صريحة أنه لا يجوز - عنده - القول بالاستحسان ، بغض النظر عن المعنى الذي يقصده به ، كما بينت في تحرير محل النزاع . *

الأدلة :

أدلة القائلين بالاستحسان :

ذكر الأصوليون : أن هناك أدلة تمسك بها القائلون بالاستحسان منها :

١ - الكتاب :

- قوله تعالى « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » / الزمر : ١٨ / *

وجه الاحتجاج بها : ورودها في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول .
قال السرخسي [المبسوط : ٢٠ / ١٤٥] : والقرآن كله حسن ، ثم أمر باتباع الأحسن . اهـ . *

- قوله تعالى « واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم » / الزمر : ٥٥ / *

وجه الاستدلال : أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل ، فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن ، وهو معنى الاستحسان ، والأمر للوجوب ، ولولا أنه حجة لما كان كذلك . *

٢ - السنة :

قوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) (١) .

قالوا : دل على أن ما رآه الناس في عاداتهم ونظر عقولهم مستحسناً فهو حق في الواقع ، إذ ما ليس بحق فليس بحسن عند الله تعالى ، وما هو حق وحسن عند الله تعالى فهو حجة .

٣ - الإجماع :

وهو : أن الأمة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجره وعوض الماء ، ولا تقدير مدة السكون واللبث فيه ، وكذلك استحسانهم شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير العوض ، ولا مبلغ الماء المشروب . ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة ، فاستحسن الناس تركه .

هذه بعض الأدلة التي ذكرها الأصوليون حججاً يتمسك بها القائلون بالاستحسان وإن كان بعضهم قد سماها شبهاً ، وناقشها وردها (٢) .

ولقد ذكر الشاطبي : أن للأخذ بالاستحسان - على ما عرفه به - أمثلة كثيرة في الشرع . قال في الموافقات [٢٠٧/٤] بعد ذكر تعريف الاستحسان ومعناه : وله في الشرع أمثلة كثيرة :

كالقرض مثلاً ، فإنه ربا في الأصل ، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل ، ولكنه أبيع ، لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين ، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين .

ومثله بيع العرية بخرصها تمراً ، فإنه بيع الرطب باليابس ، لكنه أبيع ، لما فيه

(١) انظر تخريج الحديث في تحرير محل النزاع [ص ١٢٤ حاشية ١] .

(٢) انظر شروح المنار : ٨١١ ، كشف الأسرار : ٣/٤ ، العضد : ٢٨٩/٢ ،

المستصفى : ١٣٨/١ ، الإحكام : ١٣٩/٤ ، وغيرها ، وانظر مناقشة هذه الأدلة في بحث الاستحسان لدى الأصوليين في المراجع المذكورة وغيرها .

من الرفق ورفع الحرج بالنسبة إلى المعري والمعري ، ولو امتنع مطلقا لكان وسيلة لمنع الإعراء ، كما أن ربا النسبية : لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه .

ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمطر ، وجمع المسافر ، وقصر الصلاة ، والفطر في السفر الطويل ، وصلاة الخوف ، وسائر التراخيص التي على هذا السبيل ، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك ، لأننا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه .

ومثله : الاطلاع على العورات في التداوي ، والقراض ، والمساقاة ، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع ، وأشياء من هذا القبيل كثيرة .

ثم قال : هذا نمط من الأدلة الدالة على صحة القول بهذه القاعدة ، وعليها بنى مالك وأصحابه . اهـ .

قال الشيخ عبد الله دراز في تعليقه على الموافقات : أي : فهذه المسائل فيها تخصيص الدليل العام على المنع بالمصلحة الجزئية ، فبنى عليها مالك وأصحابه صحة ما يكون مثلها وسموه بالاستحسان ، فهذه المسائل ليست من باب الاستحسان ، لأنها كلها منصوطة الأدلة (١) .

أدلة الشافعي رحمه الله تعالى في إبطال القول بالاستحسان :

استدل الشافعي رحمه الله تعالى بأدلة كثيرة لإبطال القول بالاستحسان ، منها :

١ - أن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى ، بل أمره ونهاه ، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه ، في كتابه ، وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً أو دلالة ، ومن قال بالاستحسان أجاز لنفسه أن يكون بمعنى السدى ، وخالف ما قال الله تعالى .

(١) الموافقات : ٢٠٧/٤ ، وانظر ما ذكره الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه مالك : [٣٥٢] فإنه اعتبر هذه المسائل من المسائل الاستحسانية في مذهب مالك .

قال في الأم [٢٧١/٧] : فإن قال قائل : فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟ قيل : قال الله عز وجل : « أychب الإنسان أن يترك سدى » / القيامة : ٣٦ / فلم يختلف أهل العلم بالقرآن - فيما علمت - أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى ، ورأى أن قال : أقول بما شئت ، وادعى ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفي السنن ، فخالف منهاج النبيين وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين . اهـ .

ثم ذكر أمثلة عن حكم الرسول ﷺ بما أوحى إليه ، وانتظاره الوحي فيما لم ينزل عليه وحي ، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكم بين الناس بما أوحى إليه به .
٢ - لا يجوز الحكم إلا بالخبر أو الإجماع أو القياس عليهما ، والقول بالاستحسان ليس قولاً بالخبر أو الإجماع ولا قياساً عليهما .

قال في الرسالة [٥٠٥] : وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز ، بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله ولا في القياس . فقال : أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك ، لأنه إذا أمر النبي بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شيء ، وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل ، والدلائل هي القياس .

وقال [٥٠٨] : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعد : الكتب ، والسنة ، والإجماع ، والآثار ، وما وصفت من القياس عليها . اهـ .

وقال في الأم [٢٧١/٧] : وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق ، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً أو دلالة من الله ، فقد جعل الله الحق في كتابه ثم سنة نبيه ﷺ ، فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصاً أو جملة . اهـ .

٣ - أن الصحابة رضي الله عنهم : كانوا يحكمون بالخبر أو بالقياس عليه ، كما فعلوا في الحكم في جزاء الصيد ، فقد حكموا فيما ليس له مثل بأقرب الأشياء شبيهاً بالنعم ، ولم يقولوا برأيهم واستحسنهم .

قال [الأم : ٢٧٢/٧] : قال الله جل ثناؤه : « لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم » .
/ المائدة : ٩٥ / . فكان معقولا عن الله في الصيد : النعامة ، وبقر الوحش ، وحماره والثيتل^(١) ، والظبي الصغير والكبير ، والأرنب ، واليربوع ، وغيره ، ومعقولا أن النعم الإبل والبقر والغنم ، وفي هذا ما يصغر عن الغنم وعن الإبل وعن البقر ، فلم يكن المثل فيه في المعقول - وفيما حكم به من حكم من صدر هذه الأمة - إلا أن يحكموا في الصيد بأولى الأشياء شبيهاً منه من النعم ، لم يجعل لهم - إذ كان المثل يقرب قرب الغزال من العنز ، والضبع من الكبش - أن يطلوا اليربوع ، مع بعده من صغير النعم ، وكان عليهم أن يجتهدوا كما أمكنهم الاجتهاد ، وكل أمر الله جل ذكره - وأشباه لهذا - تدل على إباحة القياس ، وحظر أن يعمل بخلافه من الاستحسان ، لأن من طلب أمر الله بالدلالة عليه ، فإنما طلبه بالسبيل التي فرضت عليه ، ومن قال : أستحسن - لا عن أمر الله ولا عن أمر رسوله ﷺ - فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال ، ولم يطلب ما قال بحكم الله ولا بحكم رسوله ، وكان الخطأ في قول من قال هذا بينا بأنه قد قال : أقول وأعمل بما لم أؤمر به ولم أنه عنه ، وبلا مثال على ما أمرت به ونهيت عنه ، وقد قضى الله بخلاف ما قال ، فلم يترك أحداً إلا متعبداً . اهـ .

٤ - لو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله - فيما ليس فيه خبر - لجاز لغيره من العوام - أصحاب العقول - أن يقولوا ذلك أيضاً ، وهذا لا يجوز بالاتفاق فكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله .

(١) قال في القاموس المحيط : الثيتل - كحيدر - الوعل ، أو جنس من بقر الوحش .

جاء في الرسالة [٥٠٤ - ٥٠٨] : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل : أستحسن
بغير قياس ؟ •

فقلت : لا يجوز هذا عندي - والله أعلم - لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن
يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه - فيما ليس فيه الخبر - بالقياس
على الخبر • ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول - من غير أهل العلم - أن
يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان •

وقال : ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو
غير عالم ، وكان القول لغير أهل العلم جائزاً • اهـ •

وقال في الأم [٢٧٣/٧] : ومن استجاز أن يحكم أو يفتي بلا خبر لازم ولا
قياس عليه كان محجوباً بأن معنى قوله : أفعل ما هويت وإن لم أؤمر به ، مخالف
معنى الكتاب والسنة - فكان محجوباً على لسانه - ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً •
فإن قيل : ما هو ؟ قيل : لا أعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول
والآداب في أن يفتي ولا يحكم برأي نفسه ، إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور
القياس - من الكتاب والسنة والإجماع والعقل - لتفصيل المشتبه •

فإذا زعموا هذا ، قيل لهم : ولم لم يجز لأهل العقل - التي تفوق كثيراً من
عقول أهل العلم بالقرآن والسنة والفتيا - أن يقولوا فيما قد نزل ، مما يعلمونه
معاً : أن ليس فيه كتاب ولا سنة ولا إجماع ، وهم أوفر عقولاً وأحسن إبانة لما
قالوا من عامتكم ؟ • اهـ •

ثم يناقش ما يمكن أن يرد عليه من اعتراض على هذا الدليل •

٥ - إن الاستحسان لا ضابط له ، كما ليس له مقاييس يقاس بها الحق من
الباطل ، فلو جاز لكل مفت أو حاكم أو مجتهد أن يستحسن فيما لا نص فيه ، لأدى
ذلك إلى وجود أحكام مختلفة في النازلة الواحدة ، لا ضابط لها ، ولا مقاييس تبين
الحق فيها ، وما هكذا تفهم الشرائع •

قال في الأم : أفرايت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة - ليس فيها نص خبر ولا قياس - وقال أستحسن ، فلا بد أن يزعم : أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه ، فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم : فقد أهملوا أنفسهم ، فحكموا حيث شأؤوا ، وإن كان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه .

وإن قال الذي يرى منهم ترك القياس : بل على الناس اتباع ما قلت ، قيل له : من أمر بطاعتك حتى يكون على الناس اتباعك ؟ أو رأيت إن ادعى عليك غيرك هذا ، أنطيعه أم تقول لا أطيع إلا من أمرت بطاعته ؟ فكذلك لا طاعة لك على أحد ، وإنما الطاعة لمن أمر الله أو رسوله بطاعته ، والحق فيما أمر الله ورسوله باتباعه ، ودل الله ورسوله عليه - نصاً أو استنباطاً - بدلائل .

قال : وإنه يلزم من ترك القياس أكثر مما ذكرت ، وفي بعضه ما قام عليه الحجة ، وأسأل الله تعالى لي ولجميع خلقه التوفيق ^(١) .

هذه أبرز الأدلة التي ذكرها الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في إبطال الاستحسان ، وإليها يرجع جملة ما استدل به غيره من الأصوليين والفقهاء لرد الاستحسان والعمل به ، بالمعاني التي ذكروا أنها تصلح محلاً للنزاع - فيما لو وجدت - أو أنها هي ما يسبق إلى الفهم منه ^(٢) .

وبعد هذا العرض - لمذاهب العلماء ، وموقفهم من الاستحسان ، وأدلة القائلين به والمبطلين له - أعود للقول : بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح محلاً للنزاع ، ويحتاج للاستدلال إلى إثباته أو إبطاله ، كما صرح بهذا علماء الأصول - أنفسهم - وهم الناقلون لمذاهب العلماء هذه .

على أنني أقول : إن ما قاله الشافعي رحمه الله تعالى حق ، فمن استحسنت فقد شرع ، وتجراً على الله ورسوله ﷺ ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان ، ولكن

(١) الأم : ٢٧٣/٧ - ٢٧٤ ، ٢٠١/٦ - ٢٠٦ ، وانظر إلى كتابي مالك والشافعي للشيخ محمد أبو زهرة (بحث الاستحسان وإبطال الاستحسان) .

(٢) انظر المستصفي : ١٣٩/١ وما بعدها . روضة الناظر : ٨٥ .

هذا كله إذا كان الاستحسان والقول به بالمعنى الذي قصده الشافعي رحمه الله تعالى وبينه - وهو القول بالتشهي والهوى ، دون الاستناد إلى دليل - لا إذا كان الاستحسان بالمعنى الاصطلاحي الذي قال عنه المالكية : إنه تسعة أعشار العلم ، ولا بالمعنى الذي قصده الحنفية ، وهو راجع إلى الأدلة المقبولة والمتفق عليها إجمالاً - كما رأينا في تحرير محل النزاع - وكما سنرى عند ذكر أنواع الاستحسان ، ثم المسائل المتفرعة عن هذا الدليل .



أنواع الاستحسان :

إن المتتبع للفروع الفقهية - لدى مذاهب القائلين بالاستحسان - يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عدة ، نذكرها فيما يلي مع أمثلة لكل نوع (١) .

١ - الاستحسان بالاثار : وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة (٢) .

الأمثلة :

آ - جاء في الهداية (في باب الوصية) [٤١٨/٨ - ٤١٩] : الوصية غير واجبة وهي مستحبة ، والقياس يأبى جوازها ، لأنه تملك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال : ملكتك غداً ، كان باطلاً ، فهذا أولى .

إلا أننا استحساناً لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض - وخاف البيات - يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله ، على وجه : لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك ، فشرعناه . ثم قال :

(١) لم أتعرض في هذه الأمثلة لذكر خلاف الفقهاء فيها لأن القصد التمثيل لا التفريع على الدليل المختلف فيه .

(٢) كشف الاسرار : ٥/٤ ، ابن ملك على المنار : ٨١٢ ، الإحكام : ١٣٧/٤ .

وقد نطق به الكتاب ، قال الله تعالى : « من بعد وصية يوصي بها أو دين »
/ النساء : ١٣ / (١) . والسنة (إن الله تعالى نصلق عليكم بثلاث أموالكم في آخر
أعماركم) (٢) .

قال : وعليه إجماع الأمة .

ب - وقال في (كتاب الإجازات) : الإجارة عقد على المنافع بعوض ، لأن
الإجارة في اللغة بيع المنافع ، والقياس يأبى جوازها ، لأن العقود على المنفعة وهي
معدومة ، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصح ، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس
إليه ، وقد شهدت بصحتها الآثار . منها :

قوله ﷺ : (أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) (٣) .

وقوله ﷺ : (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) (٤) .

قال صاحب العناية : لم يقتض القياس جوازها ، إلا أنها جوزت على خلاف
القياس بالأثر ، لحاجة الناس ، فكان استحساناً بالأثر (٥) .

ج - وجاء في الهداية أيضاً (في كتاب الديات) [٣٢٥/٨] : وإذا ضرب بطن
امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة ، وهي نصف عشر الدية . والقياس : أن لا يجب
شيء ، لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق (٦) .

(١) وفي النساء ١١ بلفظ (يوصي) مضارع مبني للمعلوم .

(٢) أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ (إن الله تصدق عليكم
عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم) ٩٠٤/٢ .

(٣) أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما [٨١٧/٢] .

(٤) أخرجه النسائي عن أبي سعيد رضي الله عنه موقوفاً بلفظ : إذا استأجرت
أجيراً فاعلمه أجره . (٣١/٧) .

(٥) الهداية وشرح العناية : ١٤٥/٧ - ١٤٧ ، وانظر كشف الأسرار : ٦-٥/٤ .

(٦) المراد بالظاهر استصحاب الحال الذي كان ، وهو عند الحنفية حجة في الدفع
وليس حجة في الاستحقاق . وانظر هذا في مبحث الاستصحاب ، الباب الثالث من
هذه الرسالة .

وجه الاستحسان : ما روي أن النبي ﷺ قال : (في الجنين غرة عبد أو أمة ، قيمته خمسمائة)^(١) فتركنا القياس بالأثر .

٢ - استحسان الإجماع : وهو أن يترك موجب القياس في مسألة ، لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس .
أمثله :

١ - عقد الاستصناع :

جاء في شرح المنار : والاستصناع فيما فيه تعامل الناس ، مثل أن يأمر إنساناً بأن يخز له خفاً بكذا ، ويبين صفته ومقداره ، ولم يذكر له أجلاً .
والقياس يقتضي أن لا يجوز - لأنه بيع معدوم - لكنهم استحسنا تركه بالإجماع ، لتعامل الناس فيه^(٢) .

ب - طلاق الزوجة باختيارها نفسها :

جاء في الهداية (في كتاب النكاح) [١٠١/٣] : فإن اختارت نفسها في قوله : اختاري كانت واحدة بائنة . والقياس أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق - لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ ، فلا يملك التفويض إلى غيره - إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم .

ج - بقاء النكاح إذا ارتد الزوجان معاً ثم أسلما :

قال صاحب الهداية [٥١٥/٢] : وإذا ارتدا معاً ، ثم أسلما معاً ، فهما على نكاحهما استحساناً .

(١) أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه بدون لفظ (قيمته خمسمائة) .

(١٤/٩) وروى أبو داود في سننه عن الشعبي أنه قال : الغرة خمسمائة يعني درهماً ، وعن ربيعة قال : الغرة خمسون ديناراً (٤٩٩/٢) .

(٢) شرح المنار لابن ملك : ٨١٣ ، وانظر كشف الأسرار : ٦٥/٤ ، وانظر المسألة

في المسائل المتفرعة عن العمل بالعرف (الفصل الثاني من الباب الرابع) .

قال في الفتح [٥١٥/٢] : والقياس — وهو قول زفر والأئمة الثلاثة — تقع
الفرقة ، لأن في ردتها ردة أحدهما ، وهي منافية للنكاح .

وجه الاستحسان : أن بني حنيفة ارتدوا ، ثم أسلموا ، ولم يأمرهم الصحابة
بتجديد الأنكحة ، والصحابة متوافرة ، فعل ذلك محل الإجماع يترك به القياس ،
والارتداد منهم واقع معاً ، لجهالة التاريخ .

د — عدم قطع من قطعت يده ورجله :

قال صاحب الهداية أيضاً (في كتاب السرقة) [٢٤٧/٤ — ٢٥٠] : ويقطع يمين
السارق من الزند ويحسم ، فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً لم
يقطع ، وخلد في السجن حتى يتوب ، وهذا استحسان ، ويعزر أيضاً ، ذكره المشايخ .

وجه الاستحسان : قول علي رضي الله عنه : إني لأستحي من الله تعالى أن
لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها . وبهذا حاج بقية الصحابة
رضي الله عنهم فحجهم ، فانهقد إجماعاً . اهـ .

ومن الملاحظ في هذا المثال : أنه يمكن اعتباره ترك القياس لقول الصحابي ،
وإن لم تذكر كتب الأصول هذا النوع من الاستحسان إلا ما ذكره الشاطبي في كتابه
[الموافقات : ٢٠٩/٤] عن ابن العربي حيث يقول : ويستحسن أبو حنيفة أن يخص
بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس .

٣ — استحسان العرف أو العادة :

وهو المدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه ، لجريان العرف بذلك ،
أو عملاً بما اعتاده الناس .

الأمثلة :

أ — حلف لا يأكل الطبخ :

قال صاحب الهداية [٥٢/٤] : وإن حلف لا يأكل الطبخ فهو على ما يطبخ
من اللحم ، وهذا استحسان اعتباراً للعرف .

ب - ما يعتبر رداً في العارية :

جاء في الهداية أيضاً [١١٢/٧] : وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالِكها فهلك لم يضمن ، وهذا استحسان • وفي القياس : يضمن ، لأنه ماردّها إلى مالِكها بل ضيعها •

وجه الاستحسان : أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردّها إلى المربط •

ج - استئجار المُرْضعة بطعامها وكسوتها :

فإن استئجار المُرْضع بأجرة معلومة جائز باتفاق ، ويجوز بطعامها وكسوتها - استحساناً - عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى •

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : لا يجوز ، لأن الأجرة مجهولة ، فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ ، فإنه لا يجوز إلا بأجر معلوم •

وجه استحسان أبي حنيفة : أن العادة الجارية بالتوسعة على المراضع - شفقة على الأولاد - ترفع الجهالة • [الهداية وشروحا : ١٨٥/٧]

د - المراد بالطعام في البيع والشراء :

قال في الهداية [٣١/٦] : ومن دفع إلى آخر دراهم ، وقال اشتر لي بها طعاماً ، فهو على الحنطة ودقيقها ، استحساناً • والقياس أن يكون على كل مطعوم - اعتباراً للحقيقة - كما في اليمين على الأكل ، إذ الطعام اسم لما يطعم •

وجه الاستحسان : أن العرف أملك - أي أقوى وأرجح - وهو على ما ذكرناه ، إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء •

هـ - حلف لا يدخل بيتاً ثم دخل مسجداً :

ذكر في الاعتصام أمثلة على الاستحسان منها ترك الدليل للعرف : كقوله : والله لا دخلت مع فلان بيتاً ، فهو يحث بدخول كل موضع يسمى بيتاً في اللغة ، والمسجد

يسمى بيتاً فيبحث على ذلك ، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه ، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ ، فلا يبحث (١) .

٤ - استحسان الضرورة :

وهو : أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضياتها ، سداً للحاجة أو دفعاً للخرج . وذلك : عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لخرج ، أو يوقع في مشكلة في بعض المسائل ، فيعدل عنه حينئذ - استحساناً - إلى حكم آخر ، يزول به الخرج ، وتنحل به المشكلة (٢) .

الأمثلة :

أ - عدم الفطر بما يصعب الاحتراز عنه :

قال في الهداية [٦٦/٢] : ولو دخل حلقة ذباب ، وهو ذاكر لصومه ، لم يفطر وفي القياس يفسد صومه ، لوصول المفطر إلى جوفه ، وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة .

وجه الاستحسان : أنه لا استطاع الاحتراز عنه ، فأشبه الغبار والدخان .

ب - لا يدخل في الشركة ما يحتاج إليه إذا اشتراه :

جاء في الهداية [٩/٥] : وما يشتره كل واحد منهما يكون على الشركة ، إلا طعام أهله وكسوتهم ، وكذا كسوته ، وكذا الإدام ، لأن مقتضى العقد المساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما ، إلا ما استثناه في الكتاب - وهو استحسان - لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة -

(١) الاعتصام : ١٤١/٢ يلاحظ أن هذا المثال يرتبط ببحث العرف أكثر من ارتباطه ببحث الاستحسان . انظر المسألة هناك (الفصل الثاني من الباب الرابع) .

(٢) كشف الاسرار : ٦/٤ ، وانظر : المدخل الفقهي : ٥٢/١ ، أبو حنيفة لأبي زهرة : ٣٤٨ .

فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه ، ولا التصرف من ماله ، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة . والقياس أن يكون على الشركة لما بينا . اهـ . أي لأن مقتضى العقد المساواة .

ج - قبول الشهادة بالتسامع :

جاء في الهداية [٢٠/٦ - ٢١] : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه ، إلا النسب ، والموت ، والنكاح ، والدخول ، وولاية القاضي ، فإنه يسمعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به - وهذا استحسان .

والقياس أن لا تجوز ، لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع أي لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة وجه الاستحسان : أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام ، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد .

د - إذا مات رب الأرض - والخارج بسر (١) - لم تبطل المساقاة :

قال في الهداية [٤٨/٨] : وتبطل المساقاة بالموت ، لأنها في معنى الإجارة ، فإن مات رب الأرض - والخارج بسر - فللعامل أن يقوم عليه ، كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر - وإن كره ذلك ورثة رب الأرض - استحساناً ، فيبقى العقد دفناً للضرر عنه ، ولا ضرر فيه على الآخر .

هـ - الاشتراك في الأضحية :

يجوز في الأضحية أن يشترك سبعة في بقرة أو بدنة ، إذا اشتروها ابتداءً مشتركين ، بنية الأضحية .
فإذا اشترى رجل بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ، ثم اشترك فيها ستة آخرون معه ، جاز استحساناً .

(١) البسر : ثمر النخيل قبل أن يصير رطباً .

وفي القياس لا يجوز ، لأنه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولاً ، والاشتراك
هذه صفته .

وجه الاستحسان : أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ، ولا يظفر بالشركاء وقت
البيع ، وإنما يطلبهم بعده ، فكانت الحاجة إليه ماسة ، فجاز دفعاً للخرج ، وقد أمكن
لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع . [فتح القدير : ٧١/٨]

و - ومن هذا النوع من الاستحسان ما ذكره المالكية والحنفية من تضمين الأجير
المشترك .

قال الشاطبي : (وهو يعدد أمثلة عن الاستحسان) : والخامس ترك الدليل
لمصلحة ، كما في تضمين الأجير المشترك ، وإن لم يكن صانعاً ، فإن مذهب مالك في
هذه المسألة على قولين - كتضمين صاحب الحمام الثياب ، وتضمين صاحب السفينة ،
وتضمين السماسرة المشتركين ، وكذلك خمال الطعام على رأي مالك - فإنه ضامن
ولا حق عنده بالصناع ، والسبب في ذلك بعد السبب في تضمين الصناع ^(١) .

ز - ولعل من هذا النوع ايضاً : ما يذكره الشاطبي من ترك مقتضى الدليل في
اليسير لتفاهته ونزارته ، لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق .
وذلك : كإجازتهم التفاضل اليسير في المرافلة الكثيرة .
وكإجازة بيع وصرف في اليسير ، إذا كان أحدهما تابعاً للآخر ^(٢) .

وهذا التمثيل للاستحسان بالأمثلة التي يمثل بها في الاستصلاح - أولاً
وبالذات - يشير إلى أن الاستصلاح والاستحسان كثيراً ما يلتقيان في التفريع
والمسائل الاجتهادية .

(١) الاعتصام : ١٤١/٢ وانظر : المدخل الفقهي : ٥٢/١ - ٥٣

(٢) الاعتصام : ١٤٢/٢ ، المواقفات : ٢٠٨/٤ . والمرافلة البيع بالرطل .

هـ - الاستحسان بالقياس :

وهو : أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها : إلى حكم مغاير ، بقياس آخر هو أدق وأخفى من الأول ، لكنه أقوى حجة ، وأسد نظراً ، وأصح استنتاجاً منه^(١) .

وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب المذاهب القائلة بالاستحسان .
وحسب القارئ أن يتصفح أحد كتب المذهب الحنفي حتى يجد هذه الكثرة من المسائل الاستحسانية^(٢) التي مبنى الاستحسان فيها العدول عن حكم قياس إلى حكم قياس آخر .

ولكثرة هذا النوع من الاستحسان نرى بعض الأصوليين - وخاصة الحنفية - يقتصر في تعريف الاستحسان على أنه هو القياس الخفي .

قال سعد الدين التفتازاني في حاشيته على العضد : والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياساً جلياً^(٣) .

أمثلة هذا النوع من الاستحسان :

أ - الصلاة على الجنائز ركبانا :

جاء في الهداية [٤٦٣/١] : فإن صلوا على جنازة ركبانا أجزأهم - في القياس - لأنها دعاء .

وفي الاستحسان : لا تجزئهم ، لأنها صلاة من وجه ، لوجود التحريم ، فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطاً .

(١) حواشي المنار : ٨١٢ ، المدخل الفقهي العام : ٤٨/١ ، أبو حنيفة : ٣٤٥ .

(٢) من المسائل الاستحسانية الموجودة في كتاب الهداية ما ينوف عن مائة وعشرين مسألة من هذا النوع ، بينما لا تزيد مسائل الأنواع الأخرى على الخمسين مسألة .

(٣) العضد : ٢٨٩/٢ ، كشف الاسرار : ٣/٤ ، المنار وحواشيه : ٨١٢ .

ب - لا قطع على من سرق من مدينه :

من المقرر فقهاً : أن من له على آخر دين حال من دراهم أو دنائير ، فسرقة منه مثلها قبل أن يستوفىها : يعتبر أخذه لها استيفاء ولا تقطع يده ، أما إذا كان الدين مؤجلاً ، فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل ، ولكن في الاستحسان لا تقطع .

قال صاحب الهداية [٢٣٥/٤] : ومن له على آخر دراهم فسرقة منه مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة .

قال في الفتح [٢٣٥/٤] : والقياس : أن يقطع ، لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل وجه الاستحسان : أن ثبوت الحق - وإن تأخرت المطالبة - يصير شبهة دائرة ، وإن كان لا يلزمه الإعطاء الآن .

ج - دفع إلى وكيله دراهم لينفقها على أهله ، فانفق من مال نفسه :

من المقرر فقهاً : أن من دفع من ماله شيئاً عن غيره دون أمره فإنه يعتبر متبرعاً ، وليس له الرجوع على المدفوع عنه بما دفعه ، سواء قصد التبرع أم لم يقصد ، إلا أن يكون مضطراً للدفع .

وعلى هذا : إذا سلم أحد إلى غيره دراهم لينفقها على أهله ، فأنفق بقدرها من ماله فالقياس أن يكون متبرعاً ، والاستحسان أن يكون ما قبضه بدل ما أنفق .

قال في الهداية : ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة . وقيل : هذا استحسان . وفي القياس : ليس له ذلك ، ويصير متبرعاً .

وذكر صاحب الفتح والعناية : أن وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات ، حتى لو هلك قبل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمر الموكل ، فيصير متبرعاً .

وذكر صاحب الفتح أيضاً : أن وجه الاستحسان أن الوكيل بالإتفاق وكيل بالشراء ، والحكم في الشراء رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن ، فيرجع الوكيل هنا بقيمة ما اشترى على الموكل ، ويجري التقاص بين ما دفعه إليه الموكل وبين ما أداه من ماله (١) .

د - عفا عن قطع يده ثم مات بالسراية :

إذا اعتدى مكلف على غيره فقطع يده عمداً ، ثم مات المقطوع بالسراية ، فإنه يقتل القاطع قصاصاً ، لأنه قتل عمد وموجه القصاص . فإذا عفا المجني عليه قبل الموت عن القاطع ، ثم مات بالسراية : فالقياس وجوب القصاص ، لتحقيق موجهه وهو القتل العمد . وفي الاستحسان لا يقتل .

قال صاحب الهداية [٢٨٥/٨] : ومن قطع يد رجل ، فعفا المقطوعة يده عن القطع ، ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله ، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس ، لأنه هو الموجب للعمد . إلا أن في الاستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود . أي دافعة ومسقطة للقصاص .

هـ - تلقين الشاهد أثناء أداء الشهادة :

قال صاحب الهداية : ويكره تلقين الشاهد - ومعناه : أن يقول له : أتشهد بكذا وكذا - وهذا لأنه إغانة لأحد الخصمين ، فيكره ، كتلقين الخصم .

واستحسنه أبو يوسف - رحمه الله تعالى - في غير موضع التهمة ، لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس ، فكان تلقينه إحياء للحق ، بمنزلة الإشخاص والتكفيل .

[الهداية وشروحا : ٤٧٠/٥]



(١) الهداية وشروحا : ١٢٢/٦ ، وانظر المدخل الفقهي : ٥٤/١ ، فإنه أتى به مثالا لقياس الضرورة .

الفصل الثاني

أثر الاستحسان في المسائل الفقهية

وفيه المسائل الآتية :

- ١ - محاذاة الرجل المرأة في الصلاة
- ٢ - تصدق بماله وقد وجبت فيه الزكاة
- ٣ - شرط الخيار لغير المتعاقدين
- ٤ - تعليق البيع على نقد الثمن لمدة معلومة
- ٥ - قبض الهبة بغير إذن الواهب
- ٦ - ضمان الرهن بعد البراءة من الدين
- ٧ - شركة المفاوضة
- ٨ - إقرار الوكيل بالخصومة على موكله
- ٩ - الإقرار بمجهوم ومفسر
- ١٠ - اختلاف شهود الزنا
- ١١ - الاشتراك في السرقة
- ١٢ - قطع الطريق في المصر
- ١٣ - حدوث العيب في الأصحية
- ١٤ - نذر التصدق بماله

رغم ما ذكرناه - في تحرير محل النزاع في الاستحسان - من أنه في الحقيقة لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، فقد كان الاعتبار دليلاً مستقلاً للاستحسان أثر ظاهر في اختلاف الفقهاء حتى الحنفية أنفسهم . فقد كثرت المسائل الاستحسانية لديهم ، وأطلقوا الاستحسان كما رأينا - باعتبارات متعددة وعلى معان مختلفة ، وهذا الإكثار من الاستدلال بدليل - ليس محل اتفاق المذاهب - من شأنه أن يحدث اختلافاً بينا في الفروع الفقهية بين المذاهب ، وهذا ما قد حصل ، فقد وجد الكثير من المسائل التي اعتمد القول فيها - عند الحنفية - على الاستحسان ، وخالفهم فيها غيرهم : إما في الحكم والدليل ، وإما في الدليل فقط ، وإن وافقوهم في الحكم لتوافق الأدلة ، وربما اختلف فيها فقهاء المذهب أنفسهم . ومن بين هذه المسائل ما ذكرته في مطلع هذا الفصل من عناوين لمسائل - على سبيل المثال لا الحصر - سأعرض رأي المذاهب فيها وأدلة كل مذهب ، وتوخيت في اختياري لهذه المسائل أن تكون كفيلة بإبراز أثر الاختلاف في هذا الدليل ، ولذلك كان أكثرها - بل غالبها - من نوع الاستحسان القياسي الذي كثر استعماله لدى الحنفية حتى أصبح هو المراد عند إطلاق الاستحسان .

وإليك بيان هذه المسائل :

المسألة الأولى : محاذاة الرجل المرأة في الصلاة :

اتفق الأئمة على أن السنة - فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء - أن يصف النساء خلف الصفوف .

واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال ، أو رجل في صف النساء .

١ - ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه تفسد صلاة من حاذته المرأة من الرجال ، ولا تفسد صلاة المرأة (١) .

(١) لمعرفة شروط المحاذاة يراجع الهداية وشروحها : ٢٥٧/١ وما بعدها ، وغيره من كتب المذهب .

قال في بداية المبتدي [٢٥٥/١] : وإن حادثه امرأة — وهما مشتركان في صلاة واحدة — فسدت صلاته إن نوى الإمام إمامتها •

٢ — وذهب الأئمة الثلاثة — مالك والشافعي وأحمد — رحمهم الله تعالى إلى : أنه يكره ذلك ، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال •

جاء في الشرح الكبير [٣٣٣/١] : أنه يكره صلاة رجل بين نساء وبالعكس • وجاء في الحاشية : وكذا محاذاته لهن ، ومحاذاتها لهن •

وقال في الأم [١٥٠/١] : ولو أن رجلاً أمَّ رجلاً ونساء ، فقام النساء خلف الإمام ، والرجال خلفهن ، أو قام النساء حذاء الإمام فائتمن به ، والرجال إلى جنبهن ، كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام ، ولم تفسد على واحد منهم صلاته •

وقال ابن قدامة [المغني : ١٥٠/٢] : وإن وقفت المرأة في صف الرجال كره ، ولم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها •

الأدلة :

١ — عمدة الحنفية — فيما قالوه من فساد صلاة من حادثه من الرجال — الاستحسان •

ووجه الاستحسان : أنه ورد الأمر عن النبي ﷺ بتقدم الرجل وتأخير المرأة في الصلاة ، فإذا تأخر عنها أو حاذها ، كان تاركاً لفرض المقام ، فتفسد صلاته • والأمر الوارد : هو قوله ﷺ : (أخروهن من حيث أخرهن الله) (١) •

٢ — حجة القائلين بالكراهة : قياس حال الصلاة على ما لو وقفت في غير صلاة ، فإنه لا تبطل صلاته ، بالإجماع ، فقد ثبت أن رسول الله ﷺ كان يصلي وعائشة رضي الله عنها نائمة بين يديه ، فكذلك في الصلاة •

(١) قال في نصب الراية (٣٦/٢) : حديث غريب مرفوعاً ، وهو في مصنف عبد الرزاق موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه . وقال في الفتح : ولم يثبت رفعه فضلاً عن كونه من المشاهير •

قال في الأم [١٥٠/١ - ١٥١] : وإنما قلت هذا ، لأن ابن عيينة أخبرنا ، عن الزهري ، عن عروة ، عن عائشة قالت : كان رسول الله ﷺ يصلي صلاته من الليل ، وأنا معترضة بينه وبين القبلة كاعتراض الجنابة . وقال الشافعي : وإذا لم تقصد المرأة على الرجل المصلي أن تكون بين يديه ، فهي إذا كافت عن يمينه أو عن يساره أخرى أن لا تقصد عليه . [واظر المغني : ١٥٠/٢]

المسألة الثانية : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة :

اتفق الأئمة على أنه : لا يجوز أداء الزكاة إلا بنية مقارنة لعزل مقدار الواجب أو دفعه لمستحقه .

واختلفوا : فيمن وجبت عليه الزكاة وتصدق بجميع ماله - ولم ينو الزكاة - هل يسقط عنه الواجب أو يبقى في ذمته ؟ .

١ - ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله إلى أنه : لا يسقط عنه الفرض . قال في المجموع [١٩١/٦] : لو تصدق بجميع ماله ، ولم ينو الزكاة ، لم تسقط عنه الزكاة بلا خلاف .

وقال ابن قدامة [المغني ٤٧٧/٢] : ولو تصدق الإنسان بجميع ماله تطوعاً ، ولم ينو الزكاة ، لم يجزئه .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه : تسقط عنه الزكاة . قال في الهداية [٤٩٣/١] : ومن تصدق بجميع ماله ، لا ينوي الزكاة ، سقط فرضها عنه .

الأدلة :

١ - حجة القائلين إنه لا تسقط عنه أنه لم ينو بما دفعه الفرض ، فلم يسقط عنه ، وقا سوا ذلك على الصلاة ، فإنه لو صلى ما شاء أن يصلي ، ولم ينو الفرض ، لا يسقط عنه ماله يصله بنية الفرض . والصدقة تصلح فرضاً وتطوعاً ، فلا بد فيها من التعيين .

قال الشافعي [الأم : ١٨/٢] لما كان في الصدقة فرض وتطوع لم يجز - والله تعالى أعلم - أن تجزي عن رجل زكاة يتولى قسمها إلا بنية أنه فرض .

وقال النووي [المجموع : ١٩١/٦] دليلنا أنه لم تمحض للفرض ، فلم تصح عنه ، كالصلاة .

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٧٧/٢] : ولا يصح ، لأنه لم ينو به الفرض ، فلم يجزئه ، كما لو تصدق ببعضه ، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو الفرض بها .

٢ - وعمدة الحنفية في إسقاط الواجب عنه : الاستحسان .

قال صاحب العناية [١٢٦/٥] : والقياس أن لا يسقط ، لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان ، فلا بد من التعيين ، كما في الصلاة .

ووجه الاستحسان : أن الواجب جزء من جميع ماله ، وهو ربع العشر ، فكان متعيناً في الجميع ، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين ، لأن الفرض أنه دفع الكل ، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزامعة بين الجزء المؤدى وسائر الأجزاء ، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب .

المسألة الثالثة : شرط الخيار لغير المتعاقدين :

اتفق الأئمة على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا هل يجوز أن يشترطه - أو أحدهما - لأجنبي ، أي لشخص غير المتعاقدين ؟

١ - ذهب أبو حنيفة وصاحبه ، ومالك والشافعي - في أصح قوليهم - وهو الظاهر من مذهب أحمد - رحمهم الله تعالى - إلى أنه يجوز ذلك ، ويصح البيع ويلزم الشرط .

قال في الهداية [١٢٦/٥] : ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره : فأيهما أجاز جاز ، وأيهما نقض انتقض .

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢١٠/٢] : واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي ، فقال مالك : يجوز ذلك ، والبيع صحيح .

وقال النووي [المجموع : ٢١٠/٩] قال أصحابنا : يجوز شرط الخيار للعاقدين والأحدهما بالإجماع ، فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران ، ... أصحابهما باتفاق الأصحاب : يصح البيع والشرط ، وهو الأشهر من نصوص الشافعي رحمه الله .

وقال ابن قدامة [المعني : ٥٠٠/٣] : وإن شرط الخيار لأجنبي صح ، وكان اشتراطاً لنفسه ، وتوكيلاً لغيره .

٢ - وذهب زفر من الحنفية ، والقاضي من الحنابلة ، والشافعي في قوله الصحيح - رحمهم الله تعالى - إلى أنه لا يصح .

قال في الهداية [١٢٦/٥] : وفي القياس : لا يجوز ، وهو قول زفر .

وقال ابن قدامة [المعني : ٥٠٠/٣] : قال القاضي : إذا أطلق الخيار لفلان ، أو قال : لفلان دوني ، لم يصح .

وقال في المهذب [٢١٠/٩] : وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان : أحدهما : لا يصح .

الأدلة :

١ - ذكر الحنفية : أن عمدتهم في ذلك الاستحسان . قال في الهداية : وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً .

وذكروا في وجه الاستحسان : أن الخيار شرع للحاجة إليه ، لاستخلاص الرأي وتحصيل الأحظ للمتبايعين ، وهذه الحاجة قد تدعو إلى اشتراطه للأجنبي ، بأن كان أعرف بالمبيع أو بالعقد منهما ، أو أن يكون العاقد يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير ، غير واثق في ذلك ، ويعلم بفلان من الناس جودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته ، فيجب تصحيحه ، لأن الاحتياج إليه صار كالاختياج إلى نفس الخيار .

هذا ما ذكره الحنفية ، وبمثله احتج الشافعية ، وإن لم يسموه استحساناً ، بل هو من باب القياس عندهم .

٢ - وحجة الحنابلة : أن الخيار يعتمد شرط المتعاقدين ويفوض إليهما ، وقد أمكن تصحيح شرطهما ، وتنفيذ تصرفهما - بتصحيح الخيار للأجنبي إذا شرطاه - فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه ، لقول النبي ﷺ : (المسلمون على شروطهم) (١) .

٣ - وأما الذين قالوا بعدم صحته فحجتهم في ذلك :

أن الخيار من مواجب العقد ، وحكم من أحكامه ، فلا يثبت لغير المتعاقدين ، كاشتراط الثمن على غير المشتري . وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين ، فلا يكون لمن لاحظ له فيه (٢) .

المسألة الرابعة : اشتراط نقد الثمن في مدة معلومة :

اختلفوا في ذلك على قولين :

١ - ذهب أبو حنيفة وأصحابه - ماعدا زفر - وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن هذا العقد جائز ويلزم الشرط . وإن كانوا اختلفوا في المدة التي يجوز اشتراطها ، فاتفق الكل على الثلاثة ، ومنع أبو حنيفة وأبو يوسف الزيادة عليها ، بينما أجازها أحمد ، ومحمد من أصحاب أبي حنيفة .

هذا وذكر ابن قدامة عن مالك : جوازه في اليومين والثلاثة ونحوها .

قال في الهداية [١١٤/٥] : ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعاً . اهـ .

(١) أخرجه أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه (٢٧٣/٢) والترمذي (١٣٥٢) عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه وقال : هذا حديث حسن صحيح . وغيرهما .

(٢) يراجع في الأدلة نفس المراجع لدى النقول عن المذاهب . هذا ولم يذكر دليل المالكية ويراجع الموطأ : ٦٧١/٢ وفيه كلام يدل على ما قاله ابن رشد ، وشرح ذلك الكلام الزرقاني ولم يتعرض للدليل : ٢٨٥/٤ والظاهر أنه دليل الحنفية والشافعية .

وقال ابن قدامة [المغني : ٣/ ٥٠٤ - ٥٠٥] : فإن قال : بعثك على أن تنقذني الثمن إلى ثلاث ، أو مدة معلومة ، وإلا فلا بيع بيننا ، فالبيع صحيح ، نص عليه .

٢ - وذهب الشافعية رحمهم الله تعالى في أصح الوجهين إلى : أن هذا البيع باطل ، وهو قول زفر - من أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى .

قال النووي [المجموع : ٩/ ٢٠٧] لو اشترى شيئاً بشرط أنه إن لم ينقذه الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، أو باع بشرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما : فوجهان ، حكاهما التتولي وغيره :

أحدهما : يصح العقد .

والثاني : وهو الصحيح باتفاقهم - وبه قطع الروياني وغيره - أن البيع باطل في صورتين .

وقال صاحب العناية [٥/ ١١٤] : والقياس - وهو قول زفر - أن لا يجوز .

الأدلة :

١ - القائلون بالجواز :

آ - عمدة الحنفية في هذه المسألة : الاستحسان . قال صاحب العناية : واستحسن العلماء جوازه .

وجه الاستحسان : أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة - إذ الحاجة مست إلى الانقضاء عند عدم النقد ، تحرزا عن الماطلة في الفسخ - وإذا كان في معناه كان ملحقاً به ، والاتفاق على جواز شرط الخيار ، فكذلك هذا .

قال في الفتح : وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادر إليه : أن شرعيته للتروي لدفع ضرر الغبن في المبيع والثمن ، فيتبادر إليه جوازه لدفع الغبن في الثمن للماطلة . [الهداية وشروحها : ٥/ ١١٤]

ب - وعمدة الحنابلة : أن هذا يروى عن عمر رضي الله عنه . ودعموا رأيهم هذا أيضاً بمثل المعنى الذي ذكره الحنفية في وجه الاستحسان .

قال ابن قدامة : ولأن هذا بمعنى شرط الخيار ، لأنه كما يحتاج إلى التروي في البيع ، هل يوافقه أولاً ؟ يحتاج إلى التروي في الثمن ، هل يصير منقوداً أولاً ؟ فهما بيان في المعنى ، متغايران في الصورة • [المغني ٥٠٤/٣ - ٥٠٥]

واختلاف هؤلاء في المدة راجع إلى اختلافهم في الأصل ، وهو : هل يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام أم لا ؟^(١) .

٢ - وأما القائلون بالمنع فحجتهم في ذلك :

— أن هذا ليس بشرط خيار ، وإنما هو شرط فاسد مفسد للبيع ، لأن فيه تعليق البيع على غرر ، فأشبهه مالو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما ، وهذا لا يصح فكذلك مانحن فيه ، وهذه حجة الشافعية • [المجموع : ٢٠٧/٩]

— أن هذا بيع شرط فيه إقالة فاسدة — لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد — واشتراط الإقالة الصحيحة في المبيع مفسد للعقد^(٢) — لكونه على خلاف العقد — فاشتراط فاسدها أولى أن يفسد ، وهذه حجة زفر • [الهداية وشروحها : ١١٤/٥]

المسألة الخامسة : قبض الهبة بغير إذن الواهب :

القبض في الهبة شرط كمال عند مالك رحمه الله تعالى ، وليس بشرط صحة ، فالموهوب له يملك الموهوب بمجرد القبول ، ويجبر على القبض^(٣) •

وهو شرط صحة عند الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى ، فلا يملك الموهوب له الهبة ما لم يقبضها ، وهو كذلك عند أحمد رحمه الله تعالى : إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن^(٤) •

(١) انظر : الهداية وشروحها : ١١٠/٥ وما بعدها ، المغني ٤٩٨/٣

(٢) مثل أن يقول : بعتك هذا بشرط أن تقبل البيع •

(٣) بداية المجتهد : ٣٢٤/٢ ، الموطأ : ٧٥٣/٣

(٤) المغني : ٤١/٦ ، الام : ٢٨٤/٣ ، مغني المحتاج : ٤٠٠/٤ •

واختلف هؤلاء - القائلون بشرط القبض - فيما إذا قبض الموهوب له الهبة
بغير إذن الواهب :

١ - فذهب الشافعية والحنابلة إلى : أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب
مطلقاً ، سواء قبضها في المجلس أم بعده .

قال في مغني المحتاج : ولا بد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه ، ... فلو
قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه ، ودخل في ضمانه ، سواء أقبضه في مجلس العقد
أم بعده .

وقال ابن قدامة : والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها وأمضاها ،
وإن شاء رجع فيها ومنعها ، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير
إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض .

وعمدة هؤلاء : أن التسليم غير مستحق على الواهب ، كما أن القبض غير
مستحق للموهوب له ، فلا يصح التسليم والقبض بغير إذن الواهب ، قياساً على
أخذ المشتري المبيع من البائع قبل دفع ثمنه ، فلا يصح إلا بإذن البائع ، ولو استقل
بأخذه كان من ضمانه ، وذلك سواء في مجلس العقد أم خارجه (١) .

٢ - وذهب الحنفية إلى : أنه إذا قبض الهبة في مجلس العقد جاز ، وإذا قبضها
بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن الواهب .

وعمدة الحنفية - في هذا التفريق بين القبض في مجلس العقد وفي غيره -
الاستحسان .

قال في الهداية : فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز
استحساناً . وإن قبض بعد الافتراق لم يجز ، إلا أن يأذن له الواهب في القبض .
والقياس أن لا يجوز في الوجهين .

(١) المغني : ٤٤٢/٦ . مغني المحتاج : ٤٠٠/٢ ، وانظر ص ٧٣ منه .
حاشية الشرقاوي على شرح التحرير : ١١٧/٢ .

وجه القياس : أن القبض تصرف في ملك الواهب - إذ ملكه قبل القبض باق - فلا يصح بدون إذنه •

وأما وجه الاستحسان: فهو أن القبض في الهبة بمنزلة القبول ، من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه ، وهو الملك ، والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك ، فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض ، فكان إذناً دلالة • وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به (١) •

المسألة السادسة : ضمان الرهن بعد البراءة من الدين :

اختلف الأئمة في هذا (٢) •

١ - فذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أنه إذا برىء الراهن من الدين ، بالوفاء أو الإبراء ، أو الهبة ، أو غيرها من وجوه البراءة ، بقي الرهن أمانة في يد المرتهن لا يضمنه إلا بالتعدي ، كما إذا طلبه الراهن ، فامتنع المرتهن من تسليمه ، أصبح مضموناً عليه ، فإذا هلك هلك من ضمانه ، لأنه لم يكن له حق حبسه بعد براءة الراهن من الدين •

وحجتهم في ذلك : استمرار حكمه قبل البراءة من الدين ، فإنه كان أمانة في يده ، والأصل بقاء ما كان على ما كان •

قال في الأم [١٤٨/٣] : وإذا قضى الراهن المرتهن الحق ، أو أحاله به على غيره ورضى المرتهن بالحوالة ، أو أبرأه المرتهن منه بأي وجه كان من البراءة ، ثم سأله الرهن ، فحبسه عنه - وهو يمكنه أن يؤديه إليه - فهلك الرهن في يدي المرتهن ، فالمرتحن ضامن لقيمة الرهن بالغة ما بلغت ، إلا أن يكون الرهن كيلاً أو وزناً يوجد مثله ، فيضمن مثل ما هلك في يديه ، لأنه متعدد بالجس •

(١) الهداية وشروحها : ١١٥/٧ - ١١٧

(٢) انظر مسألة ضمان الرهن في الباب السابق (الفصل الثاني) •

وإن كان رب الرهن آجره ، فسأل المرتهن أخذه من عند من آجره ورده إليه ، فلم يمكنه ذلك ، أو كان الرهن غائباً عنه بعلم الراهن ، فهلك في الغيبة بعد براءة الراهن من الحق ، لم يضمن المرتهن ، لأنه لم يجسه ورده يمكنه .

وقال ابن قدامة [٢٩٨/٤] : وإذا قضا جميع الحق ، أو أبرأه من الدين ، بقي الرهن أمانة في يده . ثم قال : وعندنا : أنه كان أمانة ، وبقي على ما كان عليه ، وليس عليه رده ، لأنه أمسكه بإذن مالكة ، ولا يختص بنفعه ، فهو كالوديعة . وقال : فأما إن سأل مالكة في هذه الحال دفعه إليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه إليه — إذا أمكنه — فإن لم يفعل صار ضامناً ، كالمودع إذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها .

٢ — وذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه إذا كان المرهون مما يغاب عنه ، وبرئ الراهن — في هذه الحالة — من الحق : بقضاء الدين ، أو وهبه المرتهن إياه ، أو غير ذلك ، بقي المرهون من ضمان المرتهن ، استمراراً لضمانه قبل البراءة من الحق ، فإنه كان مضموناً عليه ، فإذا هلك هلك من ضمانه . إلا أن يحضره المرتهن أو يدعو الراهن لأخذه ، فيقول : أتركه عندك ، فإنه يصبح أمانة في يده .

قال في الشرح الكبير [٢٥٥/٣] : واستمر ضمانه — أي ما يغاب عنه — إن قبض الدين من الراهن ، أو وهب له ، حتى يسلمه المرتهن لربه ، ولا يكون بعد البراءة من الدين — قبل تسليمه — كالوديعة ، لأنه قبض على وجه التوثق به لا الأمانة . إلا أن يحضره المرتهن لربه — بعد البراءة من الدين — أو يدعو لأخذه من غير إحضار ، فيقول ربه : أتركه عندك .

قال الدسوقي [٢٥٥/٣] : إن الرهن إذا كان مما يضمن — بأن كان مما يغاب عليه — فإن ضمانه من المرتهن ، ولو قبض دينه من الراهن ، أو وهب له ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يسلمه لربه ، ولا يكون ذلك الرهن عند المرتهن بعد براءة ذمة الراهن كالوديعة .

ويلاحظ في هذه المسألة أن الأئمة الثلاثة احتجوا بالاستصحاب ، وسيأتي بيانه في الباب الثالث .

٣ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه : إذا برىء الراهن من الحق بوجه من وجوه البراءة - ولم يستلم الرهن - بقي الرهن مضموناً على ما كان عليه ، لأن الرهن يدخل في ضمان المرتهن بالقبض عندهم ، فإذا هلك هلك من ضمانه ، إلا إذا كانت البراءة بالإبراء عن الدين أو الهبة فإنهم قالوا - ما عدا زفر - إذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بغير شيء استحساناً ، لأن الرهن مضمون بالدين أو جهته ، وفي هذه الحالة لم يبق الدين ولا جهته ، فلم يبق الرهن مضموناً إلا أن يمنع من تسليسه ، فيكون متعدياً .

وأما زفر : فإنه قال : يبقى مضموناً عليه ، لأن الضمان وجب بالقبض ، وهو لا يزال قائماً .

قال في الهداية : ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ، أو وهبه منه ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً - خلافاً لزفر - لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود ، كما في الدين الموعود ، ولم يبق الدين ، بالإبراء أو الهبة ، ولا جهته : لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعاً ، لأنه يصير به غاصباً ، إذا لم تبق له ولاية المنع .

قال صاحب العناية في توجيه قول زفر : هو يقول : إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض ، وهو قائم . فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده (١) .

المسألة السابعة : شركة المفاوضة :

اختلفوا في جوازها :

١ - ذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى إلى جوازها ، وإن اختلفوا في معناها وشروطها .

(١) الهداية وشروحها : ٢٤٢/٨ - ٢٤٣

فهي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : شركة عامة في كل ما يصح فيه الاشتراك ، ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر . واشتراط في ذلك كله المساواة .

جاء في البداية : فأما الشركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان في تساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما . وقال : وما يشترطه كل واحد منهما يكون على الشركة ، إلا طعام أهله وكسوتهم ، وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له . قال ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه .

قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع التجارات ، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق .

وقال في الفتح : والمفاوضة المساواة ، فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه ، فعم التساوي في ذلك . وقال : ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشترطه ، كما أنه وكيل عنه . [الهداية وشروحها : ٥/٥ - ١٢]

وهي عند مالك ، كما قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٥١] : أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله ، مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات .

وقال في الشرح الكبير [٣/٣٥١] : ثم إن أطلقا التصرف : بأن جعله كل لصاحبه ، غيبة وحضوراً ، في بيع وشراء ، وكراء واكتراء ، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع - كالرقيق - فمفاوضة .

ولم يشترط مالك التساوي فيها ، قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٥٢] : وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة : فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الأموال ، وقال مالك : ليس من شرطها ذلك ، تشبيهاً بشركة العنان .

وهناك شروط أخرى يختلفان فيها تعرف من كتب المذاهب .

وهي عند أحمد ، كما قال ابن قدامة [المغني : ٥/٢٢] : أن يشتركا في جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه ، والأبدان ، فيصح ذلك .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى بطلانها مطلقاً ، على المعاني الثلاثة المذكورة .

جاء في مغني المحتاج [٢١٢/٢] : شركة المفاوضة بأن يشتركا ليكون بينهما كسبهما ... بأموالهما وأبدانهما ، وعليهما ما يعرض من غرم ، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد .

وقال في الأم [٢٠٦/٣] : وشركة المفاوضة باطل ، ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً ، إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح ، فهذا لا بأس به ، وهذه الشركة التي يقول بعض المشرقيين لها شركة عنان . وإذا اشتركا مفاوضة وتشارطا أن المفاوضة عندهما هذا المعنى فالشركة صحيحة ، وما رزق أحدهما من غير هذا المال الذي اشتركا فيه - من تجارة أو إجارة أو كنز أو هبة أو غير ذلك - فهو له دون صاحبه ، وإن زعما أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين في كل ما أفاد بوجه من الوجوه بسبب المال وغيره فالشركة فاسدة .

وقال : ولا شركة مفاوضة ، وإذا أقر صانع من صناعه لرجل بشيء : إسكاف أقر لرجل بخف ، أو غسال أقر لرجل بثوب ، فذلك عليه دون شريكه ، إلا أن يقر شريكه معه ، وإذا كانا شريكين فالشركة كلها ليست مفاوضة ، وأي الشريكين أقر فإنما يقر على نفسه ودون صاحبه ، وإقرار الشريك ومن لا شريك له سواء .

الأدلة :

١ - عمدة الحنفية في هذا الاستحسان ، قال في الهداية : وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً .

ووجه هذا الاستحسان - على ما ذكروا - الأثر والتعامل :

أما الأول : فقولہ ﷺ : (فاوضوا فإنه أعظم للبركة) . وقولہ ﷺ : (إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة) .

قال في الفتوح : وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلاً ، والله أعلم به ، ولا يثبت به حجة على الخصم .

أما الثاني: فهو أن الناس تعاملوا بها من غير تكير - والتعامل كالإجماع -
وبهذا يترك القياس • [الهداية وشروحها : ٦/٥ - ٧]

وإذا كان الأثر لم يصح ولا يصلح حجة فيبقى معتمدهم الاستحسان للتعامل ،
وهذا من نوع الاستحسان للعرف أو العادة عندهم ، أو استحسان الإجماع •

٢ - وعمدة مالك أنه يرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من
مال شريكه ، ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده •
[بداية المجتهد : ٢٥١/٢]

٣ - وعمدة الحنابلة أن كل نوع من هذه الشركات - العنان ، الوجوه ،
الأبدان - صحيح على انفراده ، فهو صحيح مع غيره [المغني : ٢٢/٥] ^(١) •

٤ - وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى : أنها مشتملة على أنواع من الغرر ،
واحد منها يكفي لبطلانها ، فكيف إذا اجتمعت ؟ ولذلك يراها قماراً أو أشد منه •

قال في الأم [٢٠٦/٣] : ولا أعرف القمار إلا في هذا أو أقل منه : أن يشترك
الرجلان بمائتي درهم ، فيجد أحدهما كنزاً فيكون بينهما ، أرأيت لو تشارطا على
هذا من غير أن يتخالطا بمال ، أكان يجوز ؟ أو رأيت رجلاً وهب له هبة ، أو أجر
نفسه في عمل ، فأفاد ماله من عمل أو هبة ، أ يكون الآخر له فيه شريكاً ؟ لقد أنكروا
أقل من هذا [وانظر مغني المحتاج : ٢١٢/٢] •

المسألة الثامنة : إقرار الوكيل بالخصومة :

إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله ، هل يلزم إقراره الموكل أم لا ؟ اختلفوا
في ذلك :

١ - ذهب الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله تعالى إلى : أنه لا يقبل إقراره
ولا يلزم الموكل •

(١) وانظر : ٤ ، ١١ ، ١٢ من المرجع نفسه لمعرفة جواز الأنواع الثلاثة •

قال المزني في مختصره [٤/٣] : فإن وكله بخصومة : فإن شاء قبل وإن شاء ترك ، فإن قبل : فإن شاء فسخ وإن شاء ثبت ، فإن ثبت وأقر على من وكله لم يلزمه إقراره . قال : وكذلك قال الشافعي رحمه الله .

وقال الشافعي [الأم : ٢٠٧/٣] : وإذا وكل الرجل الرجل بوكالة ، ولم يقل له في الوكالة : إنه وكله بأن يقر عليه ، ولا يصالح ، ولا يبرئ ، ولا يهب ، فإن فعل : فما فعل من ذلك كله باطل .

وقال ابن قدامة [المغني : ٧٢/٥] : إذا وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره .

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢٩٧/٢] : واختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة : هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن .

وجاء في الشرح الكبير : وجاز توكيل واحد . . . في خصومة وإن كره خصمه ، . . . وليس له حينئذ عزله . . . ولا له عزل نفسه ، ولا الإقرار عن موكله ، إن لم يفوض له أو يجعل له الإقرار . قال في الحاشية : فإن أقر بشيء لم يلزم الموكل ما أقر به ^(١) .

٢ - وذهب أبو حنيفة ومحمد - من أصحابه - رحمهم الله تعالى إلى أنه إن أقر في مجلس القاضي جاز إقراره ولزم موكله ، وإن أقر في غير مجلسه لم يجز .

قال في الهداية [١٠٢/٦] : وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد .

٣ - وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : يجوز إقراره عليه مطلقاً .

قال في الهداية أيضاً [١٠٣/٦] : وقال أبو يوسف : يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء .

(١) الشرح الكبير بحاشية الدسوقي : ٣٧٨/٣ - ٣٧٩ (بتصرف) .

الأدلة :

١ - عمدة القائلين إنه لا يقبل إقراره :

— أن الإقرار معنى : يقطع الخصومة وينافيها — لأن الخصومة منازعة ، والإقرار مسألة — فلا يملك الوكيل بالخصومة الإقرار ، لأن الأمر بالشيء لا يتناول ضده ، والإقرار ضد الخصومة — كما بينا — فلا يملكه الوكيل فيها كما لا يملك الإبراء والصلح [المعني : ٥/٧٢] .

— وكذلك : هو وكله بالخصومة ولم يوكله بالإقرار ، فلا يكون وكيلاً به ، ولا يلزم الموكل مالم يوكل به من تصرفات الوكيل . قال في الأم : لأنه لم يوكله به ، فلا يكون وكيلاً فيما لم يوكله [مختصر المزني : ٤/٣ ، الأم : ٣/٢٠٧] .

٢ — وعمدة أبي يوسف رحمه الله تعالى في قبوله مطلقاً : أن الوكيل قائم مقام الموكل ، فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له ، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء ، فكذلك إقرار نائبه وهو الوكيل ، يقبل إقراره عليه مطلقاً .

٣ — وعمدة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : الاستحسان .

قال صاحب العناية : والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان .

وجه هذا الاستحسان : أن هذا التوكيل صحيح قطعاً من كل وجه ، ووضحة بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً ، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح ، وما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للإلثكار والإقرار جميعاً دون أحدهما عيناً . وطريق المجاز بين الخصومة ومطلق الجواب موجود في هذه المسألة ، فينصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب ، تحريماً لصحة كلام الموكل ، لأن كلام العاقل يسان عن الإلغاء .

والتوكيل : يتناول جواباً يسمى خصومة — حقيقة أو مجازاً — والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً : إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة ، أو لأنه سبب له ، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق ، وهو الجواب في مجلس القضاء ، فيختص به .

وما كان في غير مجلس القضاء فليس بخصومة لاحقية ولا مجازاً ، إذ الإقرار خصومة — مجازاً — من حيث إنه جواب ، ولا جواب في غير مجلس القضاء ، فلا إقرار يكون خصومة مجازاً في غيره ، فلا يتناوله الجواب الموكل به ^(١) .

المسألة التاسعة : الإقرار بمبهم ومفسر :

وصورة المسألة أن يقول :

له علي مائة ودرهم ، أو يقول : له علي مائة وثوب ، وهكذا . اختلفوا في هذا :

١ — ذهب الشافعي — والمالكية — رحمهم الله تعالى إلى أنه يرجع في تفسير المبهم إلى المقر ، ويقبل قوله بكل شيء يفسر به ، ويحلف على ذلك إن اتهمه خصمه أو خالفه ، ولا يكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه .

قال في الأم [٢٣٢/٦] : فإذا قال : له علي ألف ودرهم ، ولم يسم الألف ، قيل له : أقر بأي ألف شئت : إن شئت فلوساً ، وإن شئت تمرأ ، وإن شئت خبزاً ، وأعطه درهماً معها ، واحلف له : أن الألف التي أقررت بها هذه الألف التي بينتها . ثم قال : وهكذا لو قال : ألف وكر ^(٢) حنطة ، أو ألف وعبد ، أو ألف وشاة ، لم نجعل ههنا إلا ما وصفنا بأن الألف : ماشاء ، وما سمي .

وقال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير [٤٠٥/٣] : إذا قال : لفلان علي ألف ودرهم ، أو : له ألف وعبد ، أو : ألف وثوب ، ونحو ذلك ، وأبهم في الألف ، فإنه يقبل تفسير الألف بأي شيء ذكره ، سواء فسر به بألف دينار ، أو درهم ، أو جديد أو ثوب ، أو حمار ، ولا يكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه .

قال في الشرح : ولخصمه تحليفه على ما فسر به ، إن اتهمه أو خالفه .

٢ — ومذهب أحمد رحمه الله تعالى أن المجمل من جنس المفسر ، فيلزم المقر — فيما أبهمه — جنس مافسره . وفي المذهب قول آخر كقول الشافعي .

(١) الهداية وشروحا : ١٠٣/٦ — ١٠٩ (تكلمة) .

(٢) الكر : كيل كان متعارفا عليه (المصباح) .

قال ابن قدامة [المغني : ١٣٢/٥] : وإن قال : له علي ألف ودرهم ، أو : ألف وثوب ، أو قفيز^(١) حنطة ، فالمجمل من جنس المفسر أيضاً ، قال : وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور .

وقال التميمي وأبو الخطاب : يرجع في تفسير المجمل إليه . اهـ .

٣ - وفرق أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فقالوا : إن عطف على المبهم دراهم أو دنانير ، أو مكيلاً ، أو موزوناً ، كان تفسيراً له ولزمه ، وإن عطف غير ذلك من مذروع ، أو مالا يكال ولا يوزن ، لم يكن تفسيراً له ، ويرجع إليه في ذلك .
قال في الهداية [٢٩٩/٦] : وإن قال : له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ، ولو قال : مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه .

الأدلة :

١ - عمدة الفائلين إنه يرجع إلى تفسيره على كل حال :

أن ما ذكره أولاً مبهم ، وليس فيما ذكره آخر ما يدل على أنه منه ، بل هو يحتمله ويحتمل غيره ، ولا يؤخذ الناس إلا باليقين ، والعطف لم يوضع للتفسير والبيان ، وإنما وضع للزيادة ، ويقضي المفارقة . قال في الأم بعد ذكره صورة المسألة : فإنه ليس في قولك ودرهم ما يدل على أن ما مضى دراهم ، ولو زعمنا أن ذلك كذلك ما أحلفناك لو ادعي ألف دينار ، ولكن لما كان قولك محتملاً لما هو أعلى من الدراهم وأدنى ، لم نجعل عليك الأعلى دون الأدنى ولا الأدنى دون الأعلى . وقال :
ولو جاز لنا أن نجعل الكلام الآخر دليلاً على الأول ، لكان إذا أقر له بألف وعبد ، جعلنا عليه ألف عبد وعبداً ، وهكذا : لو أقر له بألف وكر حنطة ، جعلنا عليه ألف كر وكر حنطة ، ولا يجوز إلا هذا . وقال :

وأصل ما أقول من هذا : أنني ألزم الناس أبداً اليقين ، وأطرح عنهم الشك ، ولا أستعمل عليهم الأغلب .

(١) مكيال معين .

وقال الدردير : ولا يكون ذكر الدرهم مقتضياً لكون الألف من الدراهم^(١) .

٢ - وعمدة القائلين إن الجمل من جنس المفسر مطلقاً :

— أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى ، وذلك كما في قوله تعالى : « ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعاً » / الكهف : ٢٥ / .
وكقوله تعالى : « عن اليمين وعن الشمال قعيد » / ق : ١٧ / .

ففي الآية الأولى : اكتفى بتفسير الجملة الأولى عن الثانية ، وفي الآية الثانية :
اكتفى بتفسير الجملة الثانية عن الأولى .

— أن المبهم ذكر مع مفسر — لم يقيم الدليل على أنه من غير جنسه — فكان
المبهم من جنس المفسر ، كما لو قال : مائة وخمسون درهماً ، أو ثلاثمائة وثلاثة
عشر رجلاً .

وتحقيق ذلك : أن المبهم يحتاج إلى التفسير ، وذكر التفسير في الجملة المقارنة
له يصلح أن يفسره ، فوجب حمله عليه . [المعني : ١٣٣/٥]

٣ - وأما الحنفية فعمدتهم — في التفريق بين الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن ، وبين غيرها — الاستحسان .

قال ابن الهمام ، بعد ذكره القول في الصورتين : ولكن علماءنا رحمهم الله تعالى
فرقوا بين الفصلين ، وأخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون ،
فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما إذا قال : له علي مائة ودرهم ، أو مائة
ودينار ، أو مائة وقفيز حنطة ، و مائة ومن زعفران^(٢) .

وجه هذا الاستحسان : أنهم استقلوا تكرار الدراهم في كل عدد ، واكتفوا
بذكره عقيب العددين . وهذا الاستقلال وارد في كل ما يكثر استعماله ، وكثرة

(١) الأم : ٢٣٢/٦ — ٢٣٣ ، الشرح الكبير : ٤٠٥/٣ ، وانظر : معني المحتاج :
٢٤٩/٢ ، والمفني : ١٣٢/٥

(٢) القفيز : مكيال كان معروفاً لديهم ، والمن : وزن معروف كذلك .

الاستعمال تكون فيما يكثر وجوبه ، وكثرة الوجوب تكون بكثرة الأسباب ، وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون ، لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ، ويجوز الاستقراض بها ، بخلاف غيرها — من الثياب ومالا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها ، حيث لا تثبت في الذمة إلا قليلاً — فبقي على الأصل من أن بيان المجلل يكون إلى المجلل • [الهداية وشروحها : ٢٩٨/٦ — ٢٩٩]

المسألة العاشرة : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل :

اتفق الأئمة على : أنه إذا اختلف شهود الزنا : فشهد اثنان أنه زنى بها في بلد كذا ، واثنان في بلد كذا ، أو : أنه زنى بها في بيت ، وشهد الآخرون أنه زنى بها في بيت آخر ، فالاتفاق على أن هذه البيعة لا تقبل ولا يقام على المتهمين الحد ، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت ، وشهد الآخرون أنه زنى بها في زاوية أخرى ، وكانت الزاويتان متباعدتين •

أما إن اختلف الشهود في تعيين الزاوية — وكان البيت صغيراً ، والزوايا متقاربة — فقد اختلفوا في ذلك :

١ — ذهب أبو حنيفة وأصحابه وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه تقبل هذه الشهادة ، ويقام عليهما الحد •

قال في الهداية [١٦٧/٤] : وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة ، وآخرون أنه زنى بها بالبصرة ، درىء الحد عنهما جميعاً ، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة • قال : معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية •

وقال ابن قدامة [المغني : ٧٤/٩] : وإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت ، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية منه أخرى ، وكانت الزاويتان متباعدتين ، فالقول فيهما كالقول في البيتين ، وإن كانت متقاربتين كملت شهادتهما ، وحد المشهود عليه •

٢ — وذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أن هذه الشهادة لا تقبل ولا يثبت بها الحد •

قال ابن رشد [٤٣٠/٢] : وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف : لافي زمان ولا مكان ، إلا ما حكى عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة .

وجاء في الشرح الكبير [٣١٩/٤] : ويثبت بالبيئة العادلة : أربعة رجال يروونه كالمروء في المكحلة برؤيا ^(١) وزمن اتحدا .

وقال النووي في المنهاج [١٥١/٤] : ولو عين شاهد زاوية لزنائه ، والباقون غيرها ، لم يثبت .

الأدلة :

١ - حجة أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى الاستحسان ، قال صاحب الهداية ، بعد ذكره الحكم في هذه المسألة : وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجب الحد ، لاختلاف المكان حقيقة .

وذكر ابن الهمام أن وجه الاستحسان : أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير - والكلام فيه - ثم إن تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل ، لأن البيت إذا كان صغيراً - والفعل وسطه - فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب ، فيقول : إنه في الزاوية التي تليه ، وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لاحقيقة ، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل واحد ، وذلك بفرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية ، ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل ، وذلك ممكن لصغر المكان . [الهداية وشروحها : ١٦٧/٤]

وبمثل هذا المعنى احتج الحنابلة ، قال ابن قدامة [المغني : ٧٤/٩] : ولنا أنها إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود ، بأن يكون ابتداء الفعل في إحداها وتماه في الأخرى ، أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها ، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا . اهـ .

(١) الظاهر أن المراد (برؤيا) مكان الرؤية .

فالظاهر من كلامهم : أن هذا الاختلاف لا يؤثر في الشهادة ولا يورث شبهة ،
فلا يدرأ الحد •

٢ - وأما الذين قالوا برد هذه الشهادة ، وأنه لا يثبت الحد ، فالظاهر : أنهم
اعتبروا هذا الاختلاف كالاختلاف في الزمان ، والاتفاق على أن الاختلاف في الزمان
يؤثر في رد الشهادة ، مع ملاحظة أن هذا الاختلاف يورث شبهة ، والحدود تدرأ
بالشبهات ، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٤٣١/٢] : وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة
المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ - فإنهم أجمعوا على أنها
لا تلفق - والمكان أشبه شيء بالزمان ، والظاهر من الشرع : قصده إلى التوثق في
ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود • اه •

وقال الخطيب الشربيني [مغني المحتاج : ١٥١/٤] : لأنهم لم يتفقوا على زنية
واحدة ، فأشبهه مالم قال بعضهم : زنى بالعادة ، وبعضهم بالعشي •

وقال الغزالي في معرض الرد على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة :
وهذا هوس ، لأننا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه ، كما لو شهد ثلاثة ، وكما لو
شهدوا في دور ، وندراً الرجم من حيث لم نعلم يقيناً اجتماع الأربعة على شهادة
واحدة ، فدرأ الحد بالشبهة أحسن • [المستصفي : ١٣٩/١]

المسألة الحادية عشرة : الاشتراك في السرقة :

اختلف الأئمة فيما : إذا دخل الحرز (١) اثنان أو أكثر ، وأخرج بعضهم المتاع
دون الباقي ، هل يقطع الجميع أو المخرج فقط ؟

١ - ذهب أبو حنيفة وأصحابه - ما عدا زفر - وأحمد رحمهم الله تعالى إلى :
أن القطع على الجميع •

(١) المكان المناسب لحفظ الشيء عادة ، ويختلف باختلاف الأشياء •

قال في الهداية [٢٤٤/٤] : وإذا دخل الحرز جماعة ، فتولى بعضهم الأخذ ، قطعوا جميعاً •

وقال ابن قدامة [المغني : ١٤١/٩] : وإن دخلاً جميعاً فأخرج أحدهما المتاع وحده ، فقال أصحابنا : القطع عليهما •

وذهب الشافعي وزفر رحمهما الله تعالى إلى : أن القطع على الذي تولى الأخذ فقط • وهذا هو الظاهر من كلام مالك رحمه الله تعالى وكتب مذهبه •

قال في الأم [١٣٧/٦] : ولو دخل جماعة البيت ونقبوه معاً ، ثم أخرج بعضهم السرقة ولم يخرجها بعضهم ، قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها ، وكذلك لو كانوا جماعة — فوقف بعضهم على الباب ، أو في موضع يحميمهم — فمن أخذ المتاع منهم : قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت ، ولم يقطع من لم يخرج من جوف البيت •

وقال في الهداية [٢٤٤/٤] : والقياس : أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر رحمه الله •

وقال في الموطأ [٨٣٧/٢] : وإن خرج كل واحد منهم بمتاع على حدته ، فمن خرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فضاعداً فعليه القطع ، ومن لم يخرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فلا قطع عليه •

وقال الدسوقي في حاشيته [٣٣٥/٤] : ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملاً لشيء دون الآخر — وهم شركاء فيما أخرجوه — لم يقطع منهم إلا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم •

الأدلة :

١ — حجة القائلين بالقطع على الكل : أن إخراج المتاع من الحرز — وإن قام به البعض — لكنه في المعنى يعتبر من الكل ، لتعاونهم واشتراكهم في هتك الحرز ، إذ المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ، ويتنهي الباقيون للدفاع والحماية ، فلو امتنع القطع على الحماية في هذه الحال لأدى إلى سد باب الحد •

وهذا المعنى هو وجه الاستحسان لدى الحنفية ، إذ هو المعتمد عندهم في هذه المسألة ، فقد قال صاحب الهداية بعد ذكره الحكم فيها : هذا استحسان .
[الهداية وشروحها : ٢٤٤/٤ ، والمغني : ١٤١/٩]

٢ - وأما الذين قالوا بالقطع على المخرج فقط : فعمدتهم في ذلك القياس الظاهر ، وذلك أن الإخراج قد وجد منه وحده ، والسرقة تمت به ، فكان هو السارق وحده ، وإنما القطع على السارق ، فلا يقطع غير المخرج ، وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئاً لا يجب فيه القطع لا يقطع ، لأنه لم يتحقق شرط القطع .
[الهداية وشروحها : ٢٤٣/٤ ، مغني المحتاج : ١٧٢/٤ ، الزرقاني على الموطأ : ١١٧/٥]

المسألة الثانية عشرة : حكم قاطع الطريق في مصر :

اختلفوا فيمن قطع الطريق في مصر ، أو قريباً منه ، أو في القرى ، هل يعتبر قاطع طريق ويقام عليه حد قطاع الطريق ، أو لا يكون قاطع الطريق إلا في الصحراء .

١ - ذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه لا يكون قطع الطريق إلا في الصحراء ، ولا يكون في مصر ولا في القرب منه ، ولا في القرى .
قال في الهداية [٢٧٤/٤] : ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في مصر ، أو بين الكوفة والحيرة ، فليس بقاطع الطريق .

٢ - وذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أن المصر وخارجه سواء قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٤٤٥/٢] : واختلفوا فيمن حارب داخل المصر ، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء .

وقال في الشرح الكبير [٣٤٨/٤] : وسواء كانت الطريق خارجة عن العمران ، أو داخلية كالأزقة .

وقال في الأم : [١٤٠/٦] : بعد ذكره حد قاطع الطريق : والمحاربون الذين هذه حدودهم القوم يعرضون بالسلاح للقوم ، حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحارى والطرق . وأرى ذلك في ديار أهل البادية وفي القرى سواء ، إن لم يكن من كان في المصر أعظم ذنباً فحدودهم واحدة .

٣ - وأما أحمد رحمه الله تعالى ، فقد ذكر ابن قدامة أنه توقف في ذلك ولأصحابه قولان ، والأكثر : أنه قاطع طريق حيث كان •

قال ابن قدامة : وجملته أن المحاربين - الذين ثبت لهم أحكام المحاربة التي نذكرها بعد - تعتبر لهم شروط ثلاثة : أحدها : أن يكون ذلك في الصحراء ، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار ، فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم ، وظاهر كلام الخرقى : أنهم غير محاربين • قال : وقال كثير من أصحابنا : هو قاطع حيث كان • قال الخرقى : والمحاربون : الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة • [المغني : ١٤٤/٩]

الأدلة :

١ - عمدة الحنفية فيما ذهبوا إليه - كما ذكر صاحب الهداية - الاستحسان ووجه هذا الاستحسان : أن قطع الطريق يكون بقطع المارة ، ولا يكون ذلك في المصر ولا في القرب منه ، لأن الظاهر في هذه الحال لحقوق الغوث ، فتذهب شوكة المعتدين ، ولا تتحقق المغالبة ، وعلى هذا يكونون مختلسين ، ولا يكونون قطاع طريق •

وبهذا المعنى استدلل القائلون بهذا القول من الحنابلة ، وإن لم يسموه استحساناً • [المغني : ١٤٤/٩ ، الهداية : ٢٧٥/٤]

٢ - وأما القائلون بأنهم قطاع طرق حيثما كانوا : فحجتهم في ذلك أن عموم الآية يتناول كل محارب ، قال تعالى : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم » / المائدة : ٣٣ • فإذا تحققت الشروط فيمن قطع الطريق في المصر وجب عليه حد قاطع الطريق ، قياساً على من قطعه في الصحراء ، بل هو أولى ، لأنه إذا وجب عليهم هذا في الصحراء - وهي موضع الخوف - فلأن يجب في المصر - وهو موضع الأمن - أولى ، لعظم جرائعهم ، وعظم إخافتهم ، وكثرة ضررهم •

[المغني : ١٤٤/٩ ، مغني المحتاج : ١٨١/٤]

المسألة الثالثة عشرة : حدوث العيب في الأضحية :

الأضحية واجبة عند الحنفية ، سنة مؤكدة عند الأئمة الثلاثة إلا إذا أوجبها على نفسه .

واتفقوا على أن المعبية لا تجزئ أضحية ، وإن اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز .

فإذا اشترى شاة للأضحية - وهي سليمة من العيوب التي لا تجزئ في الأضحية - ثم تعيب قبل الذبح - فهل تجزئ أضحية إذا ذبحها بعد حدوث العيب ؟ .

١ - ذهب الحنفية رحمهم الله تعالى إلى : أنه إذا تعيب - عند معالجة الذبح وذبحها - أجزأته . وعمدتهم في ذلك الاستحسان .

قال في الهداية [٧٥/٨] : ولو أضجعها ، فاضطربت ، فانكسرت رجلها ، فذبحها ، أجزأه استحساناً .

ووجه هذا الاستحسان عندهم : أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح ، فكان العيب حصل بالذبح - اعتباراً وحكماً - فلم يمنع الإجزاء .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : أنه إذا أوجبها على نفسه وهي سليمة ثم تعيب أجزأته ، أما إذا لم يوجبها ، وتعيب ، ثم ذبحها ، لم تكن أضحية .

قال في الأم [١٩٠/٢] : وإذا اشترى الرجل الضحية ، فلم يوجبها حتى أصابها مالا تجوز معه - بحضرة الذبح قبل أن يذبحها ، أو قبل ذلك - لم تكن ضحية ، ولو أوجبها سالمة ثم أصابها ذلك ، وبلغت أيام الأضحية ، ضحى بها وأجزأت عنه .

والظاهر أن حجة في ذلك خبر الترمذي : (أربع لا تجزئ في الأضاحي : العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين عرجها ، والعجفاء التي لا تنقي) (١) .

(١) سنن الترمذي : ٢٧/٣ وابن ماجه : ٥٠/٢ وأخرجه مالك في الموطأ (زرقاني : ٣٧٧/٣) وأبو داود في سننه (٨٧/٢) مع اختلاف في بعض اللفاظ . [العجفاء : الضعيفة الهزيلة . لا تنقي : أي ذهب مخ عظمها لشدة هزالها] .

والعبرة بالذبح للتي لم يوجبها ، ووقت الإيجاب للتي أوجبها • قال الشافعي [الأم : ١٩٠/٢] : إنما أنظر إلى الضحية في الحال التي أوجبتها فيها (١) •

٣- والذي يظهر أن مذهب مالك رحمه الله تعالى - على ما تذكره كتب المذهب - أنه إذا تعييت قبل الذبح لا تجزئ مطلقاً •

جاء في الشرح الكبير : ومنع البيع من الأضحية - وإن لم يحصل أجزاء - كمن ذبح يوم النحر قبل الإمام ، أو تعييت حالة الذبح عيباً يمنع الإجزاء ، كما إذا أضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها ، أو أصابت السكين عينها ففقأتها قبل تمام فري الحلقوم والودجين (٢) •

وقال : إنما تجب بالنذر والذبح ، فلا تجزئ إن تعييت قبله ، وصنع بها ما شاء •

والظاهر أن حجتهم في هذا الحديث المذكور سابقاً • قال الدسوقي : فإذا نذرها ثم أصابها عيب قبل الذبح فإنها لا تجزئ - كما قال ابن عبد السلام - لأن تعيين المكلف والتزامه لا يرفع ما طلب منه الشارع فعله يوم الأضحية : من ذبح شاة سليمة من العيوب • [الشرح الكبير : ١٢٤/٢ - ١٢٥ مع حاشية الدسوقي]

٤ - وأما الحنابلة فمذهبهم أنه إذا تعييت بفعله لم تجزئه ، وأما إذا حدث فيها العيب دون فعله أجزأته •

قال ابن قدامة : إنه إذا أوجب أضحية (٣) صحيحة ، سليمة من العيوب ، ثم حدث بها عيب يمنع الإجزاء ، ذبحها وأجزأته • وقال : إن تعييت بفعله فعليه بدلها •

(١) وانظر مغني المحتاج : ٢٨٦/٤

(٢) فري : قطع • الحلقوم : مجرى النفس • الودجين : العرقين اللذين على جانبي العنق •

(٣) عين شاة أو نحوها لتكون أضحية •

وحجتهم في ذلك : ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال : ابتعنا كبشاً
نضحي به ، فأصاب الذئب من أليته ، فسألنا النبي ﷺ ، فأمرنا أن نضحي به •
[رواه ابن ماجه : ١٠٥١/٢]

والظاهر : أن الاصل عندهم أنه لا يجزئ ، وإنما قالوا بالجواز للحديث
المذكور ، والحديث ظاهر أن التعيب لم يكن بفعله ، فبقي ما أحدثه بفعله على أصل
المنع ، ولذلك قال ابن قدامة بعد ذكره قول الحنفية : ولنا أنه عيب أحدثه بها قبل
ذبحها فلم تجزئه ، كما لو كان قبل معالجة الذبح • [المغني : ٤٤٣/٩ - ٤٤٤]

المسألة الرابعة عشرة : نذر التصديق بماله :

اختلفوا فيمن قال : مالي في سبيل الله - أو مافي معناه من ألفاظ النذر - ماذا
يجب عليه ، هل يلزمه التصديق بكل ما يملك أو بجزء منه ؟

١ - ذهب أبو حنيفة - وأبو يوسف ومحمد من أصحابه - رحمهم الله تعالى
إلى : أنه يلزمه التصديق بكل ما يملك من الأموال التي تجب فيها الزكاة : كالنقدين
والسوائم وأموال التجارة •

قال في بداية المبتدي [٥٢٤/٥] : ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على
ما فيه الزكاة •

٢ - وذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه يتصدق بثلث ما يملك
من الأموال •

جاء في الموطأ : قال مالك في الذي يقول : مالي في سبيل الله ، ثم يحث ، قال :
يجعل ثلث ماله في سبيل الله •

وقال الخرقي : ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه أن يتصدق بثلثه •

[الموطأ : ٤٨١/٢ ، الشرح الكبير : ١٦٣/٢ ، المغني : ٩/١٠]

٣ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى - وزفر من أصحاب أبي حنيفة - إلى
أنه يلزمه التصديق بكل ماله •

جاء في الأم [٢٢٨/٢] : ومن حلف بصدقة ماله فحنث : فإن كان أراد يمينا فكفارة يمين ، وإن أراد بذلك تبررا (١) ، مثل أن يقول : لله علي أن أتصدق بمالي ، فتصدق به كله . اهـ .

وذكرت كتب الحنفية أن التصديق بالكل هو قول زفر رحمه الله تعالى .
[الهداية وشروحا : ٥٢٤/٥]

وهناك أقوال أخرى في هذه المسألة ولكنها ضعيفة ولا دليل لها .
[المغني : ٩/١٠ ، بداية المجتهد : ٤١٤/١]

الأدلة :

١ - عمدة الحنفية في هذه المسألة الاستحسان ، جاء في فتح القدير : الأصل فيما إذا قال : مالي صدقة : في القياس ينصرف إلى كل مال له - وهو قول زفر - وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة .

قال صاحب العناية : وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله ، إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به ، لثلاث ينزع إلى الشركة ، وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة ، فكذا إيجاب العبد .

قال في الفتح : وما أوجب به التصديق - أي الشرع - ذكره بلفظ العموم ، وعلق الإيجاب ببعضه ، قال الله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة » / التوبة : ١٠٣ / ولم يعم كل مال .

[الهداية وشروحا : ٣٣٤/٢ ، ٥٢٤/٥ - ٥٢٥ . ابن عابدين : ٧٤٢/٣]

(١) قال الشافعي : والتبرر أن يقول : لله علي - إن شفى الله فلاناً أو قدم فلان من سفره أو قضى عني ديناً أو كان كذا - أن أحج له نذراً ، فهو التبرر . فاما إذا قال : إن لم أقضك حقك فعلى المشي إلى بيت الله ، فهذا من معاني الإيمان لامعاني الدور .
[الأم : ٢٢٨/٢] .

٢ - أما مالك وأحمد رحمهما الله تعالى فحجتهما في ذلك :

ما وراء مالك في الموطأ [٤٨١/٢] من أن أبا لبابة بن عبد المنذر - رضي الله عنه - حين تاب الله عليه قال : يا رسول الله ، أهجرت دار قومي التي أصبت فيها الذنب وأجاورك ، وأنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله • فقال رسول الله ﷺ : (يجزيك من ذلك الثلث) •

قال ابن رشد : هو نص في مذهب مالك • وقال في الموطأ [٤٨١/٢] : وذلك للذي جاء من رسول الله ﷺ في أمر أبي لبابة •

وما روي عن كعب بن مالك - رضي الله عنه - قال : قلت يا رسول الله ، إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال رسول الله ﷺ : (أمسك عليك بعض مالك) [البخاري : ٩/٤] • ولأبي داود [٢١٥/٢] : (يجزيء عنك الثلث) • [بداية المجتهد : ٤١٤/١ ، المغني : ٩/١٠ وفيه مناقشة لهذه الأدلة]

٣ - وحجة الشافعي وزفر رحمهما الله تعالى : ما أخرجه البخاري [١٧٧/٨] عن عائشة رضي الله عنها من قوله ﷺ : (من نذر أن يطيع الله عز وجل فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه) •

وهذا نذر طاعة ، فليزمه الوفاء به على الوجه الذي قصده كسائر النذور ، ولفظ المال في قوله مالي عام ، يتناول كل مال ، فليزمه التصديق بكل مال يملكه •
[الأم : ٢٢٨/٢ ، الهداية وشروحا : ٢٤/٥]

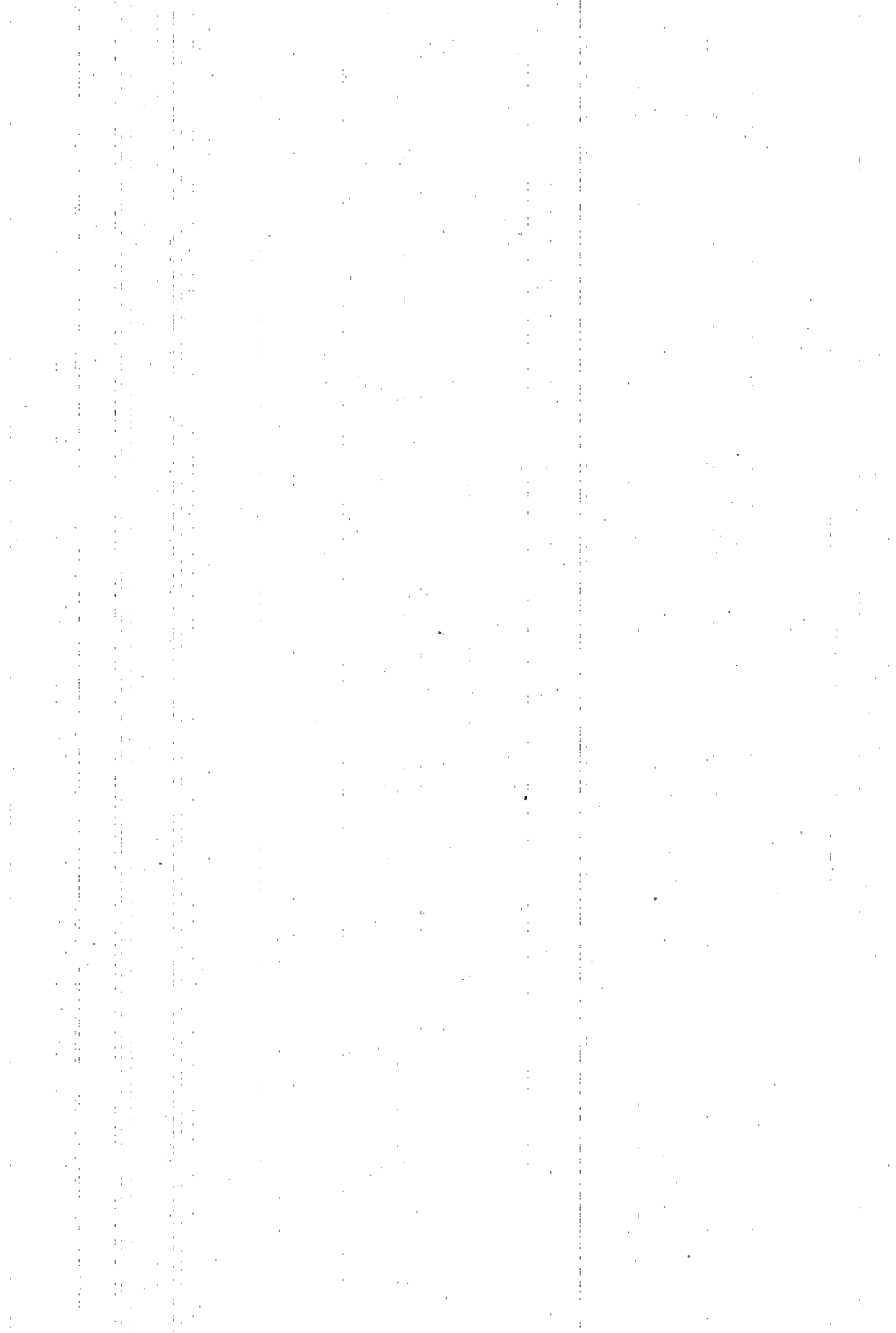


الباب الثاني في الاستصحاب وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : الاستصحاب

الفصل الثاني : أثر الاستصحاب



الفصل الأول

الاستصحاب

— تعريفه

— أنواعه وتحريم محل النزاع

— حجته

تعريفه :

هو لغة : استفعال من الصحبة ، وهي الملازمة ، قال في المصباح المنير : وكل شيء لازم شيئاً فقد استصحبه ، واستصحبت الكتاب وغيره حملته صحبتي ، ومن هنا قيل : استصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتاً ، كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة •

وأما اصطلاحاً :

١ - فقد عرفه شهاب الدين الزنجاني في كتابه [تخريج الفروع على الأصول : ٧٩] بقوله :

الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم ، أو بقاء ما هو ثابت بالدليل ، وهو الملقب بالاستصحاب •

٢ - وعرف بأنه : عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني ، بناء على ثبوته في الزمان الأول • لفقدان ما يصلح للتغيير • [الأسنوي : ١٣١/٣ ، المحلي : ٢٨٦/٢]

٣ - وقال العضد [٢٨٤/٢] : معنى الاستصحاب أن الحكم الفلاني قد كان ، ولم يظن عدمه ، وكل ما هو كذلك فهو مظنون البقاء •

٤ - وقال الغزالي : الاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي ، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل ، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير - أو مع ظن انتفاء المغير - عند بذل الجهد في البحث والطلب •
[المستصفى : ١٢٨/١ ، روضة الناظر : ٨٠]

٥ - وعرفه ابن القيم [إعلام الموقعين : ٣٣٩/١] : بأنه استدامة وإثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منقياً • أي بقاء الحكم القائم - نفيًا وإثباتاً - حتى يقوم دليل على تغيير الحالة •

وجميع هذه التعاريف معانيها متقاربة ، وكلها تعني الحكم باستمرار وجود ما ثبت وجوده حتى يدل الدليل على ذهابه ، والحكم باستمرار عدم ما لم يثبت وجوده حتى يقوم الدليل على وجوده •

أنواع الاستصحاب :

ذكر الأصوليون للاستصحاب أنواعاً خمسة وهي :

١ - استصحاب البراءة الأصلية :

وهو استصحاب العدم الأصلي المعلوم ، وذلك كبراءة الذمة من التكليف حتى يقوم الدليل على التكليف بأمر من الأمور ، فإذا لم يقم كانت الأمور مباحة للإنسان أن يتناولها •

٢ - استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه •

كالحل : إن ثبت مرتبطاً بأمر ثابت فإنه يستمر حتى يقوم الدليل على خلافه ، وذلك كاستصحاب الطهارة ، فإن وصف الطهارة إذا ثبت أيحت الصلاة ، فيستصحب هذا الحكم حتى يثبت خلاف هذا الوصف وهو الحدث •

٣ - استصحاب مادل العقل والشرع على ثبوته واستمراره •

كالمالك عند وجود سببه ، فإنه يثبت حتى يوجد ما يزيله •

وكشغل الذمة بدين ثبت بسبب قرض ، أو كان ثمن مبيع ، أو كان عن إلتاف أوجب ضماناً • ففي هذه الأحوال تشغل الذمة بالدين حتى يؤدي ، أو تكون البراءة منه ، أو تجري المقاصة •

ودوام الحل بسبب النكاح حتى يوجد ما يزيله من نحو طلاق بائن •

٤ - استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع •

ومثاله : التيمم إذا رأى الماء بعد الشروع بالصلاة ؟ فالإجماع منعقد على صحة شروعه بالصلاة ، وأن صلاته صحيحة لو انتهت قبل رؤية الماء ، فيستصحب حكم الصحة المجمع عليه حال عدم رؤية الماء إلى حال ما بعد الرؤية المتنازع فيه •

هـ - استصحاب العموم إلى أن يرد دليل التخصيص ، واستصحاب النص حتى يرد النسخ (١) .

تحرير محل النزاع :

ذكر ابن القيم : أنه لاختلاف في وجوب العمل بالاستصحاب فيما دل العقل أو الشرع على ثبوته - وهو النوع الثالث - ، وكذلك لاختلاف في وجوب العمل به في النوع الثاني ، وهو استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه ، وإن تنازع الفقهاء في بعض أحكامه ، لتجاذب المسألة أصليين متعارضين .

وأما الخلاف فهو : في النوع الأول : وهو استصحاب البراءة الأصلية والعدم الأصلي . وهذا المعنى هو المراد غالباً عند إطلاق الاستدلال بالاستصحاب .

وكذلك في النوع الرابع : وهو استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع .

وذكر الجلال المحلي أنه لاختلاف في استصحاب العدم الأصلي ، وهو نفي ما نفاه العقل ولم يثبت الشرع - وهو النوع الأول - وإنما الخلاف في استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه ، كثبوت الملك بالشراء - وهو النوع الثالث (٢) .

والذي يؤخذ من كلام الأصوليين - ويدل عليه الخلاف في الفروع - أن الخلاف يشمل جميع الأنواع - ماعدا النوع الخامس - غالباً أو في أكثر الأحيان .

حجية الاستصحاب لدى العلماء :

١ - مذاهب العلماء في حجيته :

١ - ذهب الأكثرون من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم : إلى أنه

(١) أعلام الموقعين : ٣٤١/١ - ٣٤٤ ، المستصفى : ١٢٨/١ ، شرح المحلى : ٢٨٤

روضة الناظر : ٨٠

(٢) المراجع السابقة ، وانظر كشف الأسرار : ٣٧٧/٣

حجة صالحة لإبقاء الأمر على ما كان عليه ، سواء كان الثابت به نفيًا أصلياً ، أو حكماً شرعياً ، أي إنه حجة في النفي والإثبات (١) .

قال في المحصول : المختار عندنا أنه حجة ، وهو قول المزني والصيرفي . وكذلك هو قول الغزالي وابن سريج .

وذكر القرافي : أن الاستصحاب حجة عند مالك رحمه الله تعالى .

٢ - ذهب أكثر المتأخرين من الحنفية : إلى أنه حجة في النفي الأصلي ، دون إثبات الحكم الشرعي ، أي إنه حجة في الدفع لأبي الإثبات ، فلا يصلح حجة لبقاء الأمر على ما كان ، بحيث ترتب آثار جديدة على اعتباره ، بل يدفع به دعوى تغيير الحال التي كانت ثابتة بحيث ترتب أحكام على ذلك أيضاً . وممن قال بهذا : القاضي الإمام أبو زيد ، والشيخان وصدر الإسلام أبو اليسر .

٣ - ذهب كثير من الحنفية وبعض أصحاب الشافعي وأبو الحسين البصري وجماعة من المتكلمين : إلى أنه ليس بحجة أصلاً ، لا لإثبات أمر لم يكن ، ولا لبقاء ما كان على ما كان (٢) .

(١) يقول الشيخ محمد أبو زهرة : والحكم الذي يثبت باستمرار الحال أو - على التحقيق - يستمر باستمرار الحال له جانبان : جانب إيجابي مثبت ، وجانب سلبي مثبت ، ولعل أوضح مثل تقرر به هذين الجانبين : المفقود قبل الحكم بوفاته ، فإن الحال التي كانت ثابتة هي الحياة ، فيفرض استمرارها ، وتستمر معها الأحكام ، وهي ذات جانبين :

١ - اكتساب الحقوق التي تثبت للحق قبل غيره ، كميثاقه من غيره ، وانتقال ملك الغير إليه بمثل الوصية والميراث ، فإن هذا جانب إيجابي يجلب حقوقاً جديدة .
٢ - ملكيته للأمور الثابتة ملكيتها قبل الفقد ، ومنع غيره منها ، لفرض استمرار حياته ، ويسمى ذلك الحق سلبياً ، لأن قصاره منع الغير من امتلاكه ، وهذا جانب سلبي . ابن حنبل : ص ٢٩١

(٢) إعلام الموقعين : ٣٤١/١ ، كشف الأسرار : ٣٧٧/٣ وما بعدها . العبد على ابن الحاجب ٢٨٤/٢ ، الإحكام ١١١/٤ ، مالك : ٣٦١ ، اثر الاختلاف : ٤٤٠

استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع :

وهذا النوع أيضاً محل النزاع بين الفقهاء والأصوليين ، والخلاف فيه أشد من سابقه •

١ - فذهب فريق من العلماء - منهم المزني ، والصيرفي ، وابن شاقلا ، وابن حامد ، وأبو عبد الله الرازي - إلى أنه حجة • وذكر الزنجاني أنه مذهب الشافعي رحمه الله تعالى • قال في تخريج الفروع على الأصول : استصحاب الحال في الإجماع المتقدم بعد وقوع الخلاف حجة عند الشافعي رضي الله عنه •

ومن خلال النظر في الفروع وأدلتها نستطيع أن نقول : إن ظاهر مذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى كمذهب الشافعي ، كما سنرى ذلك عند الكلام في أثر الاستصحاب •

٢ - وذهب فريق آخر - منهم الغزالي ، وأبو الطيب الطبري ، والقاضي أبو يعلى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وابن الزعفراني - إلى أنه ليس بحجة • قال في المستصفى : لاجبة في استصحاب الإجماع في محل الخلاف ، خلافاً لبعض الفقهاء •

وهذا ما رجحه المحلي في شرحه على جمع الجوامع إذ قال : ولا يحتج باستصحاب حال الإجماع في محل الخلاف ^(١) •

هذا ما ذكرته كتب الأصول من مذاهب الأصوليين والفقهاء في حجة الاستصحاب •

ويرى الأستاذ أبو زهرة أن الأئمة الأربعة قد أخذوا بالاستصحاب على خلاف بينهم في مدى الأخذ به •

(١) إعلام الموقعين : ٣٤٣/١ ، المستصفى : ١٢٨/١ ، تخريج الفروع على الأصول :

٢١ ، الآيات البينات : ١٨٦/٢

قال في كتابه ابن حنبل تحت عنوان الاستصحاب : هذا أصل فقهي ، قد أجمع الأئمة الأربعة ومن تبعهم على الأخذ به ، ولكنهم اختلفوا في مقدار الأخذ ، فأقلهم أخذاً به الحنفية ، وأكثرهم أخذاً به الحنابلة ثم الشافعية ، وبين الفريقين المالكية ، ويظهر أن مقدار أخذ الأئمة بالاستصحاب كان تابعاً لمقدار الأدلة التي توسعوا فيها (١) .

ب - الأدلة :

احتج القائلون بالاستصحاب مطلقاً :

١ - بالكتاب :

قال الله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به » / الأنعام : ١٤٥ / قالوا : هذا احتجاج بعدم الدليل .

٢ - بالسنة :

وهي : قوله عليه الصلاة والسلام : (إن الشيطان يأتي أحدكم فيقول : أحدث أحدث ، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً) (٢) . حكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه ، وهو عين الاستصحاب . وفي معناه ما روى مسلم عن أبي سعيد

(١) ابن حنبل : ٢٨٩ ، وذكر الدبوسي - في تأسيس النظر - قاعدة تفيد أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يأخذ باستصحاب - كالشافعي رحمه الله تعالى - قال : الأصل عند أبي حنيفة : أنه متى عرف ثبوت الشيء من طريق الإحاطة والتيقن لأي معنى كان فهو على ذلك ، ما لم يتيقن بخلافه ، كمن يتيقن الطهارة وشك في الحدث فهو على طهارته ، وكمن يتيقن الحدث وشك في الطهارة فهو على الحدث ما لم يتيقن الطهارة ، وعند الإمام القرشي أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي رضي الله عنه وأرضاه كذلك ، وعلى هذا مسائل . ثم ذكر مسائل ، كلها في معنى العمل بالاستصحاب . [تأسيس النظر : ١٠ - ١٣]

(٢) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه مع اختلاف في بعض اللفاظ :

الخدري رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : (إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً ؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن) (١) .

٣ - بالإجماع :

أ - إن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداءً لا تجوز له الصلاة ، ولو شك في بقائها جازت له الصلاة ، ولو لم يكن الأصل في كل متحققاً دوامه للزم إما جواز الصلاة في الصورة الأولى ، أو عدم الجواز في الصورة الثانية ، وهو خلاف الإجماع .

ب - إن الإجماع منعقد على أنه لو شك في حصول الزوجية ابتداءً حرم عليه الاستمتاع ، ولو شك في حصول الطلاق مع سبق العقد جاز له الاستمتاع ، وليس هناك من فرق بينهما إلا أن الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك ، وهي : عدم الزوجية وحصول العقد ، والثاني قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك أيضاً ، وهي : العقد عليها ، فلو لم يعتبر الاستصحاب ، وكان غير مفيد لظن البقاء ، للزم استواء الحالين ، التحريم والجواز ، ولوجب أن يكون الحكم فيهما واحداً ، وهو حرمة الوطء أو إباحته ، وهو باطل اتفاقاً .

٣ - بالمقول :

أ - إن الحكم إذا ثبت بدليل ، ولم يثبت له معارض قطعاً ولا ظناً ، يبقى بذلك الدليل ، لأن ما تحقق وجوده أو عدمه في حال ، ولم يظن طرؤ معارض يزيله ، فإنه يلزم ظن بقاءه . وهكذا نجد أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه - وله أحكام خاصة به - فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم ، حتى إنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة ، وإنفاذ الودائع إليه ، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به

(١) أخرجه مسلم : ٤٠٠/١ (كتاب المساجد) وأبو داود في سننه : ٢٣٥/١ ،

ومالك في الموطأ (الزرقاني ٢٩٢/١) .

قبل تلك الحالة ، ولولا الظن أن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساع لهم ذلك ، ولكان ذلك كله سفهاً ، وإذا ثبت الظن فهو متبع شرعاً .

ب - الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول ﷺ هي ثابتة في حقنا ، ونحن مكلفون بها ، وطريق إثباتها في حقنا إن هو إلا استمرار وبقاء ما كان على ما كان ، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لما ثبتت هذه الأحكام في حقنا ، لجواز أن تكون قد نسخت ، ولكان احتمال النسخ مساوياً لاحتمال البقاء ، ويكون ثبوتها ترجيحاً بلا مرجح .

ج - إن ظن البقاء أغلب من ظن التغيير ، وذلك لأن الباقي لا يتوقف على أكثر من وجود الزمان المستقبل ، ومقارنة ذلك الباقي له وجوداً كان أو عدماً .

وأما التغيير : فمتوقف على هذين الأمرين ، وعلى أمر ثالث : وهو تبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود ، ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين لا غير أغلب مما يتوقف على ذينك الأمرين وثالث غيرهما .

د - استدل صاحب الميزان بما يلي :

إن الحكم حين ثبت شرعاً فالظاهر دوامه لما تعلق به من المصالح الدينية والدنيوية ، ولا تتغير المصلحة في زمان قريب ، وإنما تحتل التغيير عند تقادم العهد ، فمتى طلب المجتهد الدليل المزيل ولم يظفر به فالظاهر عدمه ، وهذا نوع اجتهاد . وإذا كان البقاء ثابتاً بالاجتهاد ، لا يترك باجتهاد مثله بلا ترجيح ، ويكون حجة على الخصم (١) .

هـ - قال الغزالي :

إعلم أن الأحكام السمعية لا تدرك بالعقل ، لكن دل العقل على براءة الذمة عن الواجبات ، وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثة الرسل عليهم

(١) كشف الاسرار : ٣٧٩/٣ ، العضد : ٢٨٥/٢ ، الإحكام : ١١١/٤ - ١١٢ ، الأسنوي : ١٣١/٣ ، إعلام الموقعين : ٣٤١/١ ، المحصول : ٧٧٧/٣ وما بعدها .

السلام وتأيدهم بالمعجزات ، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع ، ونحن على استصحاب ذلك إلى أن يرد السمع . ثم قال :

وانتفاء الدليل السمعي قد يعلم وقد يظن ، فإننا نعلم أنه لا دليل على وجوب صوم شوال ، ولا على وجوب صلاة سادسة ، إذ نعلم أنه لو كان لنقل واتشر ، ولما خفي على جميع الأمة ، وهذا علم بعدم الدليل وليس هو عدم العلم بالدليل ، فإن عدم العلم بالدليل ليس بحجة ، والعلم بعدم الدليل حجة (١) .

القائلون إنه حجة دافعة غير ملزمة :

متأخرو الحنفية قالوا :

إن الدليل الموجب والمثبت لحكم في الشرع لا يوجب بقاءه ، لأن حكمه الإثبات ، والبقاء غير الإثبات ، فلا يثبت به البقاء ، كالإيجاد لا يوجب البقاء ، لأن حكمه الوجود لا غير . يعني : لما كان الإيجاد علة للوجود لا للبقاء لم يثبت به البقاء ، حتى صح الإفناء بعد الإيجاد ، ولو كان الإيجاد موجباً للبقاء — كما كان موجباً للوجود — لما تصور الإفناء بعد الإيجاد ، لاستحالة الفناء مع المتبقي . ولما صح الإفناء ، علم أن الإيجاد لا يوجب البقاء ، فكذا الحكم ، لما احتمل النسخ بعد الثبوت ، علم أن دليله لا يوجب البقاء ، لاستحالة الجمع بين المزيل والمثبت .

وما قلنا من أن الدليل الموجب لشيء لا يوجب بقاءه ثابت ، لأن البقاء بمنزلة أعراض تحدث ، فلم يصلح أن يكون وجود شيء علة لوجود غيره من غير انضمام دليل آخر إليه ، فلا يصلح نفس وجود الحكم علة لبقائه ، فثبت أن الدليل الموجب للحكم لا يوجب بقاءه ، فلا يكون البقاء ثابتاً بدليل ، بل بناء على عدم العلم بالدليل المزيل ، مع احتمال وجوده ، فلا يصلح حجة على الغير ، لكنه لما بذل الجهد في طلب المزيل ولم يظفر به جاز له العمل ، إذ ليس في وسعه وراء ذلك ، كما جاز له العمل بالتحري عند الاشتباه .

(١) المستصفى : ١/١٢٧ - ١٢٨ . روضة الناظر : ٧٩ - ٨٠ .

ولما لم يحصل العلم بعدم المزيل لم يحصل العلم بالبقاء ، فكان البقاء ثابتاً لعدم العلم بالمزيل ، لا للعلم بعدم المزيل ، فلم يصلح حجة على الغير ^(١) .

حجج النافين مطلقاً :

١ - الطهارة والحل والحرمة ونحوها أحكام شرعية لا تثبت إلا بدليل منصوب من قبل الشارع ، وأدلة الشرع منحصرة - في النص والإجماع والقياس - إجماعاً ، والاستصحاب ليس منها فلا يجوز الاستدلال به في الشرعيات .

٢ - لو كان الأصل البقاء ، لكانت بينة النفي أولى بالاعتبار من بينة الإثبات ، لأن بينة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية ، فيكون الظن الحاصل بها أقوى . وهذا باطل ، لأن البينة لا تعتبر من النافي ، وهو المدعى عليه ، وتقبل من المثبت وهو المدعى إجماعاً .

٣ - القياس جائز ، وجوازه يستلزم اتقاء ظن بقاء الأصل ، لأن القياس رافع لحكم الأصل اتفاقاً ، بدليل أنه يثبت به أحكام لولاه لكانت باقية على نفيها . فلا يحصل الظن ببقاء حكم الأصل إلا عند اتقاء قياس يرفعه ، ولا سبيل إلى الحكم بذلك الاتقاء ، لعدم تناهي الأصول التي يمكن القياس عليها ، فمن أين للعقلاء الإحاطة بنفيها ؟ . فالحكم باتقاءه مع الجواز تحكم ، وعلى هذا ينتفي ظن بقاء حكم الأصل ^(٢) .

٤ - إن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لا دليل يدل عليه ، فإن العقل لا يدل على بقاء الحكم الشرعي بعد ثبوته ، وكذا دلائل الشرع - الكتاب والسنة والإجماع والقياس - لم يدل شيء منها على بقاء الحكم بعد الثبوت ، فكان العمل بالاستصحاب إثباتاً للحكم بلا دليل ، وهو باطل ^(٣) .

(١) كشف الاسرار : ٣/٢٨٠ - ٣٨١

(٢) العضد : ٢/٢٨٥ ، الإحكام : ٤/١١٤

(٣) اثر الاختلاف : ٤٣٩ ، كشف الاسرار : ٣/٣٧٩

٥ - إن التمسك بالاستصحاب يؤدي إلى التعارض في الأدلة : فإن من استصحب حكماً من صحة فعل له وسقوط فرض ، كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته ، كما لو قيل : إن المتيمم إذا رأى الماء قبل صلاته وجب عليه الوضوء ، فكذا إذا رآه بعد دخوله في الصلاة ، باستصحاب ذلك الوجوب ، إذا قيل هذا أمكن أن يعارض : بأن الإجماع قد انعقد على صحة شروعه في الصلاة وانعقاد الإحرام ، وقد وقع الاشتباه في بقاءه بعد رؤية الماء في الصلاة ، فيحكم ببقائه بطريق الاستصحاب ، ولا شك أن هذا تعارض ، وما أدى إلى مثله كان باطلاً (١) .

٦ - إن مذهب الشافعي أنه : لا يجزئ عتق العبد الذي انقطع خبره عن الكفارة ، ولو كان الأصل بقاءه لأجزأ (٢) .

٧ - إن حاصل الاستدلال بعدم الدليل آيل إلى الجهل بالدليل ، إذ لا سبيل لأحد من البشر على حصر الدلائل أجمع ، بل يجوز أن يعلم إنسان دليلاً يجهله غيره ، لتفاوت الناس في العلم ، فكان المتعلق بعدم الدليل متعلقاً بالجهل ، والجهل لا يكون حجة على أحد ، بل يكون عذراً له في الامتناع عن الحكم (٣) .

وهذه القائلين باستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع :

أن تبدل حال المجمع على حكمه أولاً كتبدل زمانه ومكانه وشخصه ، وتبدل هذه الأمور وتغيرها لا يمنع استصحاب ما ثبت له قبل التبدل ، فكذا تبدل وصفه وحاله لا يمنع الاستصحاب ، حتى يقوم الدليل على أن الشارع جعل ذلك الوصف ناقلاً للحكم مثبتاً لضده ، كما جعل الدباغ ناقلاً لحكم نجاسة الجلد ، وحينئذ لا يبقى التمسك بالاستصحاب صحيحاً ، وأما مجرد النزاع فإنه لا يوجب سقوط استصحاب حكم الإجماع ، لأنه لا يرفع ما ثبت من الحكم ، فلا يمكن المعارض رفعه

(١) كشف الاسرار : ٢٧٩/٣ - ٣٨٠

(٢) الإحكام : ١١٤/٤

(٣) تخريج الفروع على الأصول : ٧٩

إلا أن يقيم الدليل على أن ذلك الوصف الحادث جعله الشارع دليلاً على ثقل الحكم ، وحينئذ يكون معارضاً في الدليل ، لا قادحاً في الاستصحاب (١) .

وعمة القائلين إنه ليس بحجة :

أن الإجماع كان على الصفة التي كانت قبل محل النزاع ، فأما بعد فلا إجماع لأنه قد وجد الخلاف ، ولا إجماع مع الخلاف ، لأن الخلاف يضاد الإجماع ، فليس هناك إذن ما يستصح ، لأن الاستصحاب يكون لأمر ثابت فيستصح ثبوته ، أو منتف فيستصح نفيه ، فلا يكون الإجماع حجة في الموضوع الذي لا إجماع فيه (٢) .

هذه هي حصيلة ما ذكره كل من المشتين للاستصحاب والنافين له والمخصصين ، على أن هناك أدلة أخرى لم أذكرها لأن فيما ذكر غنى عنها . والذي يترجح عندي — والله أعلم — مذهب القائلين بالاستصحاب مطلقاً في النفي والإثبات ، إذ إنه — كما يبدو — أظهر حجة وأقوى دليلاً وأسد نظراً ، وهو — كما قال الرازي — لا بد منه في الدين والشرع والعرف .

فلا معنى للمعجزات إلا باستصحاب الحال للعادات التي تأتي المعجزة بخرقها ، ولا معنى للمعاملات والصلات بين الناس إلا على أساس استصحاب الأحوال التي كانت المفارقة عليها . وأخيراً فلا معنى للتعبد بالشرع ، ولا يمكن العمل به ، إلا إذا علمنا — وغلب على الظن — أنه لم يطرأ على ما تعبدنا به نسخ أو رفع ، وهذا هو الاستصحاب ، والأمة متفقة — على كثرة اختلاف الفقهاء — على أنه متى ثبنا حصول شيء وشككنا في حدوث المزيل بالتيقن ، وهذا عين الاستصحاب (٣) .



(١) إعلام الموقعين : ٣٤٣/١

(٢) المرجع السابق ، تخريج الفروع على الأصول : ٢١ ، المستصفى : ١٢٨/١ —

(٣) المحصول : ٧٧٧/٢

الفصل الثاني

أثر الاستصحاب

وفيه المسائل التالية:

- ١ - الوضوء مما يخرج من البدن من غير السيلين
- ٢ - حكم التيمم إذا وجد الماء بعد الشروع بالصلاة
- ٣ - الجمع باذان وإقامتين في عرفة
- ٤ - وجود الهدي بعد الشروع بالصوم في التمتع
- ٥ - الهدي على المحصر بعدو
- ٦ - الشفعة للجار والشريك المقاسم
- ٧ - الصلح على الإنكار
- ٨ - الطلاق الواقع بالإيلاء
- ٩ - ميراث المفقود
- ١٠ - دعوى انه على دين قريبه المتوفى عند موته
- ١١ - وجوب الدية في الشهور
- ١٢ - ادعيا عيناً في يد ثالث
- ١٣ - القضاء بالنكول
- ١٤ - أكل الكلب المعلم من الصيد

لقد كان للخلاف في اعتبار الاستصحاب حجة في الدفع والإثبات ، أو اعتباره حجة في الدفع فقط ، أو عدم اعتباره مطلقاً ، أثر في الاختلاف في عدد من الفروع الفقهية بين المذاهب .

على أننا قد نجد في بعض الفروع اختلافاً بين المذاهب القائلة بالاحتجاج بالاستصحاب ، فنجد أن بعضهم قد احتج به بينما خالفه بعض آخر فلم يعتبره ، وذلك لدليل آخر - أقوى منه - قد ثبت عنده ، أو لأن الاستصحاب يكون حجة حيث لا دليل على خلافه ، فإذا قام الدليل على خلافه - حتى عند القائلين بالاستصحاب - فيعمل بالدليل .

كما أننا قد نجد أحياناً اتفاقاً في الحكم ، بينما نجد اختلافاً في الاستدلال ، فمنهم من تكون حجته الاستصحاب ، ومنهم من تكون حجته غيره . وذلك أيضاً يرجع إلى تقديم الدليل الأقوى الثابت عند كل منهم ، والاكتفاء بذكره عما هو دونه . وعلى كل حال فقد وجدت فروع كثيرة اعتمد فيها - إمام أو أكثر - على القول بالاستصحاب ، وكان في هذه الفروع اختلاف بين الأئمة والفقهاء .

ولقد ذكرت في صدر هذا الفصل عناوين عدد من هذه الفروع المختلف فيها ، وسأعرض - إن شاء الله تعالى - في هذا الفصل أقوال الأئمة فيها ، مع ذكر أدلتهم عليها .

المسألة الأولى : الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين :

اختلف الأئمة فيما يخرج من البدن من النجاسات من غير السبيلين ، هل ينقض الوضوء أو لا ؟

١ - ذهب الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى إلى : أنه لا ينتقض الوضوء بشيء يخرج من غير السبيلين ، قل ذلك أو أكثر .

قال النووي في المجموع [٥٨/٢] : ومذهبنا أنه لا ينتقض الوضوء بخروج شيء من غير السيلين : كدم الفصد والحجامة ، والقيء ، والرعاف ، سواء قل ذلك أو كثر .

وجاء في الموطأ [٢٢/١] : أنه لا يتوضأ من رعاف ولا من دم ولا من قيح يسيل من الجسد .

وجاء فيه أيضاً [٢٥/١] : وسئل مالك : هل في القيء وضوء ؟ قال : لا ، ولكن ليتمضمض من ذلك وليغسل فاه ، وليس عليه وضوء .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أن ما يخرج من البدن من النجاسات ينقض الوضوء ، وإن كان خروجه من غير السيلين . وإنما ينقض الخارج عندهم إذا جاوز مكانه ، والقيء إذا كان ملء الفم .

قال في بداية المبتدي [٢٤/١ - ٢٦] : المعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السيلين ، والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير ، والقيء ملء الفم .

٣ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : أنه ينتقض الوضوء بالكثير منه دون القليل (١) .

قال الخرقي : والقيء الفاحش والدم الفاحش والدود الفاحش ، يخرج من الجروح .

قال ابن قدامة : وجملته أن الخارج من البدن من غير السيل ينقسم قسمين :

طاهراً ، ونجساً ، فالطاهر لا ينتقض الوضوء على حال ما ، والنجس ينقض الوضوء في الجملة رواية واحدة . وقال : وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير . [المغني : ١/١٣٥ - ١٣٦]

(١) ولمعرفة حد القليل والكثير عنده انظر المغني : ١/١٣٧

الأدلة :

١ - حجة الشافعي رحمه الله تعالى الاستصحاب ، وذلك أن الأصل عدم النقض ، فيستصحب هذا الأصل حتى يثبت الدليل بخلافه ، ولم يثبت ، فيبقى على الأصل من عدم النقض ، وكذلك قبل الخروج غير ناقض بالإجماع ، فيستصحب هذا الحكم بعد الخروج .

قال النووي رحمه الله تعالى في المجموع [٥٩/٢] بعد ذكره أدلة متعددة وبيانه لضعفها : وأحسن ما أعتقده في المسألة أن الأصل أن لا نقض حتى يثبت بالشرع ، ولم يثبت ، والقياس ممتنع في هذا الباب ، لأن علة النقض غير معقولة . اهـ . ثم ناقش أدلة المخالفين .

وقال المحلي في شرحه على جمع الجوامع [٣٥٠/٢] : الخارج النجس من غير السبيلين لا ينقض الوضوء عندنا ، استصحاباً لما قبل الخروج من بقاءه المجمع عليه .

٢ - وأما مالك رحمه الله تعالى فالظاهر أن حجته في ذلك عمل أهل المدينة . قال في الموطأ [٢٢/١] : الأمر عندنا : أنه لا يتوضأ من رعاف ، ولا من دم ، ولا من قيح يسيل من الجسد ، ولا يتوضأ إلا من حدث يخرج من ذكر أو دبر أو نوم . ويحتمل أن يكون من حجته أيضاً الاستصحاب ، لأنه من القائلين به .

٣ - واحتج أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى بأحاديث ، منها :

- قوله ﷺ : (الوضوء من كل دم سائل) ^(١) .

- وقوله ﷺ : (من قاء أو رعف في صلاته فليصرف ، وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم) ^(٢) .

(١) أخرجه الدارقطني من حديث تميم الداري وفي سننه مجهولان [١٥٧/١] ، وانظر نصب الراية [٣٧/١] .

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه عن عائشة رضي الله عنها بشيء من الاختلاف في ألفاظه [٣٨٥/١] .

وحجتهم في اشتراط السيلان وتجاوز المكان : أن الخروج إنما يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير ، لأن بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها ، فتكون بادية لاخارجة ، وأيدوا ذلك بقوله ﷺ : (ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلاً) (١) . [الهداية وشروحها : ٢٧/١ - ٢٩]

٤ - وحجة أحمد رحمه الله تعالى :

أ - السنة : ما روى معدان بن طلحة عن أبي الدرداء رضي الله عنه : أن النبي ﷺ جاء فتوضأ . قال معدان : فلقيت ثوبان في مسجد دمشق ، فذكرت له ذلك ، فقال ثوبان : صدق ، أنا صببت له وضوءه . أخرجه الترمذي [٥٨/١] وقال : هذا أصح شيء في هذا الباب . وقال : ابن أبي طلحة أصح .

وكذلك ما رواه الخلال بإسناده عن ابن جريج عن أبيه قال : قال : رسول الله ﷺ : (إذا قلس (٢) أحدكم فليتوضأ) . قال ابن جريج : وحدثني ابن أبي مليكة عن عائشة عن النبي ﷺ ، مثل ذلك (٣) .

ب - عمل الصحابي : قال ابن قدامة : روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، ولم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم ، فكان إجماعاً .

وأما حجتهم في أن الذي ينقض الكثير دون القليل أن ذلك هو المشهور عن الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف .

قال ابن قدامة : قال أبو عبد الله : عدة من الصحابة تكلموا فيه : فأبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه ، وابن عمر عصر بشرة ، وابن أبي أوفى عصر دملأ ، وابن

(١) أخرجه الدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وفي سنده ثلاثة قال عنهم ضعفاء [١٥٧/١] .

(٢) قلس : خرج من بطنه طعام أو شراب إلى الفم ، سواء القاه أو أعاده إلى بطنه ، ملء الفم كان أو دونه ، فإذا غلب فهو القيء . والظاهر أنه هو المراد هنا (المصباح المنير) .

(٣) أخرجه الدارقطني بروايات عدة مع اختلاف في بعض الألفاظ (١٥٣/١) .

عباس قال : إذا كان فاحشاً ، وجابر أدخل أصابعه في أنفه ، وابن المسيب أدخل أصابعه العشرة أنفه وأخرجها متلطخة بالدم ، يعني وهو في الصلاة •

وأيدوا ذلك بما رواه الدار قطني بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال : (ليس الوضوء من القطرة والقطرتين) (١) •

المسألة الثانية : حكم التيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة :

اتفق الأئمة على أن التيمم : إذا وجد الماء قبل الصلاة بطل تيممه ، ووجب عليه استعمال الماء ، كما أنهم اتفقوا على أنه إذا لم يجد الماء قبل الصلاة جاز له الدخول في الصلاة ، وكانت صلاته صحيحة ، إذا أتمها ولم يجد الماء خلالها •

واختلفوا فيما : إذا افتتح الصلاة بالتيمم ، ثم وجد الماء خلال الصلاة ، هل يبطل تيممه ، وبالتالي تبطل صلاته ويجب عليه أن يستعمل الماء ويستأنف الصلاة ؟ أو أنه لا يبطل تيممه ، بل يستمر في صلاته وتكون صحيحة ؟

١ - ذهب الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يبطل تيممه ، وصلاته صحيحة ، وليس عليه أن يقطعها بل يتمها بتيممه (٢) •

قال في الأم [٤١/١] : وإذا تيمم فدخل في المكتوبة ، ثم رأى الماء ، لم يكن عليه أن يقطع الصلاة ، وكان له أن يتمها ، فإذا أتمها توضأ لصلاة غيرها •
وجاء في الموطأ [٥٥/١] : قال مالك : في رجل تيمم حين لم يجد ماء ، فقام

(١) المغني : ١٣٦/١ ، وانظر البخاري : ٥٣/١ ، وانظر تخریج الحديث ص ١٧٤

حاشية ٣

(٢) هذا الحكم عند الشافعي فيما إذا كانت الصلاة تسقط بالتيمم . قال في المجموع [٣٤٢/٢] : أما إذا رأى الماء في أثناء الصلاة بالتيمم من لا إعادة عليه ، كالسافر سافراً طويلاً أو قصيراً على المذهب ، أو المقيم في موضع يعدم فيه الماء غالباً ، فالصحيح المشهور الذي نص عليه الشافعي رحمه الله ، وقطع به العراقيون وبعض الخراسانيين : أنه لا تبطل صلاته •

وكبر ودخل في الصلاة ، فطلع عليه إنسان معه ماء ؟ قال : لا يقطع صلاته ، بل يتمها بالتيمم ، وليتوضأ لما يستقبل من الصلوات .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه ينتقض تيممه ، وتبطل صلاته ، ويجب عليه استعمال الماء واستئناف الصلاة (١) .

قال في الدر المختار - في الكلام عن نواقض التيمم - : وقدرة ماء ولو لإباحة في صلاة .

قال ابن عابدين : أي ولو كانت القدرة - أو الإباحة - في صلاة ، ينتقض التيمم وتبطل الصلاة التي هو فيها . [حاشية ابن عابدين : ٢٥٥/١]

٣ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : مثل ما ذهب إليه أبو حنيفة في المشهور من مذهبه ، وعنه رواية أخرى مثل قول الشافعي ومالك .

قال ابن قدامة : المشهور في المذهب أن التيمم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه ، سواء كان في الصلاة أو خارجاً منها ، فإن كان في الصلاة بطلت لبطلان طهارته ، ويلزمه استعمال الماء ، فيتوضأ إن كان محدثاً ، ويغتسل إن كان جنباً .

وقال : قال المروزي : قال أحمد : كنت أقول يمضي ، ثم تدبرت فإذا أكثر الأحاديث على أنه يخرج . قال ابن قدامة : وهذا يدل على رجوعه عن هذه الرواية . [المغني : ١٩٧/١]

الأدلة :

١ - حجة القائلين بعدم انتقاض تيممه ، وأن صلاته صحيحة : أنه شرع بصلاته - وصلاته صحيحة بتيممه - فتستصح هذه الصحة حتى آخر صلاته ، وما جاز له أول الصلاة جاز له آخرها . وربما دعموا قولهم هذا بأن القول يبطلان صلاته فيه إبطال لعمله ، والله تعالى يقول : « ولا تبطلوا أعمالكم » / محمد : ٣٣ .

(١) هذا على خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا رآه أول صلاته أو آخرها .

انظر تأسيس النظر : ص ٦

قال في الشرح الكبير [١٥٩/١] : لا إن وجده - أي الماء - بعد الدخول فيها ، فلا يبطل ، بل يجب استمراره فيها ولو اتسع الوقت ، لدخوله بوجه جائز .
وقال الشافعي : فإن قال قائل : ما الفرق بين أن يرى الماء قبل أن يدخل في الصلاة ، ولا يكون له الدخول فيها حتى يطلبه ، فإن لم يجده استأنف نية وتيمما ، وبين دخوله في الصلاة ف يرى الماء جارياً إلى جنبه ؟ وأنت تقول : إذا أعتقت الأمة - وقد صلت ركعة - تقنعت فيما بقي من صلاتها ، لا يجزيها غير ذلك ؟ قيل له - إن شاء الله تعالى - إني أمر الأمة بالقناع فيما بقي من صلاتها ، والمريض بالقيام - إذا أطلقه - فيما بقي من صلاته ، لأنهما في صلاتهما بعد ، وحكهما في حالهما فيما بقي من صلاتهما أن تقنع هذه حرة ، ويقوم هذا مطيقاً ، ولا أنقض عليهما فيما مضى من صلاتهما شيئاً ، لأن حالهما الأولى غير حالهما الأخرى .

قال : والوضوء والتيمم عملان غير الصلاة ، فإذا كانا مضياً - وهما يجزيان - حل للداخل الصلاة وكانا منقضيين مفروغاً منهما ، وكان الداخل مطيعاً بدخوله في الصلاة ، وكان ما صلى منها مكتوباً له ، فلم يجز أن يحبط عمله عنه ما كان مكتوباً له فيستأنف وضوءاً ، وإنما أحبط الله الأعمال بالشرك به ، فلم يجز أن يقال له : توضأ وابن على صلاتك ، فإن حدثت حالة لا يجوز فيها ابتداء التيمم ، وقد تيمم فانقضى تيممه وصار إلى صلاة ، والصلاة غير التيمم ، فانفصل لصلاة بعمل غيرها ، وقد انقضى وهو يجزي أن يدخل به في الصلاة ، لم يكن للتيمم حكم إلا أن يدخل في الصلاة ، فلما دخل فيها به كان حكمه منقضياً ، والذي يحل له أول الصلاة يحل له آخرها . [الأم : ٤١/١ ، وانظر مغني المحتاج : ١٠٢/١]

واعتر الزنجاني أن القول في هذه المسألة مبني على القول باستصحاب حكم الإجماع قبل ورود الخلاف ، فإنه قال في تخريج الفروع على الأصول [٢١] بعد ذكره الخلاف في المسألة : ويتفرع عن هذا الأصل مسائل :

منها : أن التيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته : لا تبطل صلاته عند الشافعي

رضي الله عنه ، لأن الإجماع قد انعقد على صلاته (١) حالة الشروع ، والدليل الدال على صحة الشروع دال على دوامه إلا أن يقوم دليل الانقطاع .

٢ - وأما القائلون ببطان تيممه وصلاته ، ووجوب استعمال الماء واستئناف الصلاة ، فحجّتهم في ذلك : قوله ﷺ : (الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين ، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك) (٢) .

قالوا : دل بمفهومه على أنه لا يكون التراب طهوراً عند وجود الماء ، وبمنطوقه على وجوب إمساكه الجلد عند وجوده .

وقالوا أيضاً : في إطلاقه دلالة على نفي تخصيص الناقضية بالوجدان خارج الصلاة . ودعموا قولهم هذا بأن التيمم طهارة ضرورة ، فبطلت بزوال الضرورة ، كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها . [المغني : ١/١٩٨ ، فتح القدير : ١/٩٢]

المسألة الثالثة : الجمع بين الظهر والعصر في عرفة بأذان وإقامتين :

اتفق العلماء على أن السنة : الجمع بين الظهر والعصر في عرفة أول وقت الظهر ، واختلفوا : هل يجمع بينهما بأذان واحد وإقامتين ، أو بأذنين وإقامتين ؟

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه يؤذن لكل من الظهر والعصر كما يقيم لكل منهما .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١/٣٣٦] : قال مالك : يجمع بينهما بأذنين وإقامتين .

٢ - وذهب الأئمة الثلاثة - الشافعي وأحمد وأبو حنيفة - رحمهم الله تعالى إلى : أنه يجمع بينهما بأذان واحد وإقامتين .

(١) على صلاته : أي على صحة صلاته .

(٢) الصعيد : التراب . الطيب : الطاهر . وضوء : هو بفتح الواو ما يتوضأ به ، وبضمها الفعل [

قال النووي : مذهبن أنهُ يؤذَن للظهر ولا يؤذَن للعصر إذا جمعهما في وقت
الظهر عند عرفات • [المجموع : ١٠١/٨]

وقال الخرقي : فإذا طلعت الشمس دفع إلى عرفه فأقام بها حتى يصلي الظهر
والعصر بإقامة لكل صلاة ، وإن أذن فلا بأس • [المغني : ٣٦٥/٣]

وقال في بداية المبتدي : ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان
وإقامتين • [الهداية وشروحها : ١٦٣/٢]

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى : أن الأصل هو أن تفرد كل صلاة بأذان
وإقامة ، فيستصحب هذا الأصل حتى يقوم الدليل على خلافه ، والظاهر أنه لم
يثبت عند مالك شيء من السنة يدل على أن الصلاتين - إذا جمع بينهما في وقت
الأولى - اكتفي بأذان واحد للأولى منهما • ولذلك قال يجمع بين الظهر والعصر
في عرفات بأذان وإقامة لكل منهما • [بداية المجتهد : ٣٣٦/١]

٢ - وحجة الأئمة الثلاثة - في أنه يؤذَن للأولى فقط ، ثم يقام لكل منهما
ولا يؤذَن للثانية - حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه في حجة الإسلام ، قال :
فراح النبي ﷺ إلى الموقف بعرفة ، فخطب الناس الخطبة الأولى ، ثم أذن بلال ،
ثم أخذ النبي ﷺ في الخطبة الثانية ، ففرغ النبي ﷺ من الخطبة وبلال من الأذان ،
ثم أقام بلال وصلى الظهر ، ثم أقام وصلى العصر • [أخرجه أبو داود في سننه
٤٤٢/١]

قال الشافعي في الأم بعد ذكره هذا الحديث : وفيه دلالة على أن كل من جمع
بين صلاتين في وقت الأولى منهما أقام لكل واحدة منهما ، وأذن للأولى ، وفي الآخرة
يقيم بلا أذان •

وقال ابن قدامة : وقوله - أي الخرقي - وإن أذن فلا بأس ، كأنه ذهب إلى
أنه مخير بين أن يؤذَن للأولى أو لا يؤذَن ، وكذا قال أحمد ، لأن كلا مروي عن
رسول الله ﷺ ، والأذان أولى ، قال : واتباع ما جاء في السنة أولى ، وهو مع

ذلك موافق للقياس ، كما في سائر المجموعات والفوائت . ه . ذكر ذلك بعد الإشارة إلى حديث جابر رضي الله عنه .

وأيد الحنفية استدلالهم بالحديث : أن العصر يؤدي قبل وقته المعهود ، فيفرد بالإقامة إعلالاً للناس . [انظر المراجع المذكورة لدى ذكر أقوال المذاهب ونصوصها]

المسألة الرابعة : قدر التمتع على الهدي بعد الشروع بالصوم (١) :

اتفق الأئمة على أن التمتع بالحج يجب عليه هدي ، فإن لم يجد الهدي وجب عليه الصوم ، وذلك لقوله تعالى : « فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعت تلك عشرة كاملة » . [البقرة : ١٩٦]

واختلفوا فيما إذا شرع بالصوم — لفقد الهدي — ثم وجده ، هل يجب عليه الخروج من الصوم إلى الهدي ، أو أنه يجزيه الصوم ولا يلزمه الهدي ؟

١ — ذهب الأئمة الثلاثة — مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه إذا شرع بالصوم انتقل الواجب عليه من الهدي إلى الصوم ، فإذا وجد الهدي لم يلزمه الخروج من الصوم .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٣٥٦/١] : قال مالك : إذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه إلى الصوم ، وإن وجد الهدي في أثناء الصوم .

وقال النووي [المجموع : ١٨٦/٧] : قال الشافعي والأصحاب : إذا شرع في صوم التمتع الثلاثة أو السبعة ، ثم وجد الهدي ، لم يلزمه ، لكن يستحب أن يهدي .

وقال الخراقي : ومن دخل في الصيام ، ثم قدر على الهدي ، لم يكن عليه الخروج من الصوم إلى الهدي إلا أن يشاء . [المغني : ٤٢٠/٣]

(١) التمتع : هو الذي يحرم بعمرة في أشهر الحج ويتحلل منها ، ثم يحرم بالحج من مكة دون أن يخرج إلى الميقات . والهدي : ما يذبح في الحرم من المواشي .

٢ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه إذا وجد الهدي أثناء صوم الأيام الثلاثة ، أو بعدها ، قبل يوم النحر ، وجب عليه الخروج من الصوم إلى الهدي .

قال في فتح القدير [٢٠٧/٢ - ٢٠٨] : فإن قدر على الهدي في خلال الثلاثة ، أو بعدها قبل يوم النحر ، لزمه الهدي وسقط الصوم .

الأدلة :

١ - الظاهر أن حجة القائلين بأنه ينتقل الواجب إلى الصوم بالشروع به الاستصحاب ، وذلك أن هذه المسألة نظير المسألة قبلها (وهي إذا رأى المتيمم الماء بعد الشروع بالصلاة) وقد تبين هناك أن حجة القائلين بصحة الصلاة وعدم انتقاض الوضوء الاستصحاب .

قال ابن رشد : هذه المسألة نظير مسألة طلع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم .
[بداية المجتهد : ٣٥٦/١]

وقال النووي [المجموع : ١٨٦/٧] : والخلاف شبيه بالخلاف بين الشافعي وبينهما - أبي حنيفة والمزني - في رؤية المسافر الماء في أثناء صلاته بالتيمم .

ووجه الاستصحاب في هذه المسألة : أنه حين شرع بالصوم كان هو الواجب في حقه ، وكان مجزئاً عنه ، فيستصحب هذا الحكم حتى إتمامه ، ولا يلزم الخروج منه .

قال في المغني [٤٢٠/٣] : ولنا أنه صوم دخل فيه لعدم الهدي لم يلزمه الخروج إليه ، كصوم السبعة .

٢ - وحجة الحنفية أن الصوم خلف عن الهدي ، وإذا قدر على الأصل - قبل تأدي الحكم بالخلف - بطل الخلف . والمقصود هو التحلل ، فإذا قدر على الهدي قبله وجب الانتقال إليه ، وإذا لم يقدر حتى تحلل فقد حصل المقصود بالخلف .
[فتح القدير : ٢٠٧/٢ - ٢٠٨]

المسألة الخامسة : الهدي على المحصر بعدو :

اختلف الأئمة في : وجوب الهدي على من أحصر بعدو ، مع اتفاقهم على أنه يحل من عمرته ، أو حجه حيث أحصر .

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه لا يجب عليه هدي .

قال في بداية المجتهد [٣٤٣/١] : ذهب مالك إلى أنه لا يجب عليه هدي ، وأنه إن كان معه هدي نحره حيث حل (١) .

٢ - وذهب الأئمة الثلاثة : الشافعي وأحمد وأبو حنيفة - رحمهم الله تعالى - إلى : أنه يجب عليه الهدي .

قال في الأم [١٣٥/٢ - ١٣٧] : من أحصر بعدو حل حيث يجس ، في حل كان أو حرم ، ونحر أو ذبح هديا ، وأقل ما يذبح شاة .

وقال : وعليه الهدي لإحصاره ، سوى ما وجب قبل أن يحصر من هدي وجب عليه بكل حال .

وقال : في المحصر بعدو يسوق هديا واجبا ، أو هدي تطوع ، ينحر كل واحد منهما حيث أحصر ، ولا يجزي واحد منهما عنه من هدي الإحصار .

وقال في المغني [٣٣٦/٣] : وعلى من تحلل بالإحصار الهدي في قول أكثر أهل العلم .

وقال في الهداية [٢٩٥/٢] : وإذا أحصر المحرم بعدو ، أو أصابه مرض فمنعه من المضي ، جاز له التحلل ، وإذا جاز له التحلل يقال له : ابعث شاة تذبح في الحرم ، وواعد من تبعته بيوم بعينه يذبح فيه ، ثم تحلل .

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى في عدم وجوب الهدي عليه الاستصحاب . وذلك أن الأصل عدم الوجوب حتى يثبت بدليل ، ولا دليل .

(١) وانظر الزرقاني على الموطأ : ١١٠/٣ - ١١٧ .

قال في بداية المجتهد [٣٤٤/١] : وحجة هؤلاء - أي القائلين بعدم الوجوب - أن الأصل هو أن لا هدي عليه إلا أن يقوم الدليل عليه^(١) .

٢ - وأما الذين قالوا بوجوب الهدى عليه : فحجتهم في ذلك قوله تعالى : « فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ » [البقرة : ١٩٦] . فهي نص في وجوب الهدى على المحصر . قالوا : وهي واردة في المحصر بعدو ، أو هي عامة في المحصر بعدو وغيره : كما قال الحنفية . قال ابن قدامة : قال الشافعي : لا خلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في حصر الحديبية .

وقال في الأم : فلم أسمع ممن حفظت عنه من أهل العلم بالتفسير مخالفا في أن هذه الآية نزلت بالحديبية ، حين أحصر النبي ﷺ ، فحال المشركون بينه وبين البيت ، وأن رسول الله ﷺ نحر بالحديبية وحلق ، ورجع حلالا ، ولم يصل إلى البيت ، ولا أصحابه إلا عثمان بن عفان وحده^(٢) .

المسألة السادسة : الشفعة للجار والشريك المقاسم :

اتفق الأئمة على أن الشفعة تثبت للشريك الذي لم يقاسم ، واختلفوا في ثبوتها للشريك المقاسم ، والجار ؟ .

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه لا شفعة لهما . قال في الشرح الكبير [٤٧٤/٣] : وجار لا شفعة له ، وإن ملك تطرقا - أي انتفاعا - بطريق الدار التي يبعث .

وقال في مغني المحتاج [٢٩٧/٢] : ولا شفعة إلا لشريك في رقة العقار ، فلا تثبت للجار .

وقال في المغني [٢٣٠/٥] : لا تثبت الشفعة إلا بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم ، فأما الجار فلا شفعة له .

(١) وانظر الزرقاني على الموطأ : ١١٠/٣ - ١١٧ .

(٢) المراجع السابقة ، وانظر تفسير الطبري : ٢١/٤ وما بعدها .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن الشفعة تثبت للشريك المقاسم إذا لم يوجد الخليط ، فإذا لم يوجد المقاسم ثبتت للجار .
قال في بداية المبتدي [٤٠٧/٧] : الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ، ثم للجار .

الأدلة :

١ - أما الحنفية القائلون بشبوتها للمقاسم والجار فحجتهم في ذلك :

٢ - النقل :

— قوله ﷺ : (الشفعة لشريك لم يقاسم) ^(١) .

قالوا : معنى الحديث : تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة بفاح أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها — ولم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ، ولا في نفس الدار — فحينئذ لا شفعة ، ومفهومه أنه إذا بقي له حق في المدخل ثبتت له الشفعة .

— قوله ﷺ : (جار الدار أحق بالدار والأرض ، ينتظر له وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحدا) ^(٢) والمراد بالجار الشريك في حق الدار ، بدليل قوله : إن كان طريقهما واحدا .

(١) قال الزيلعي : غريب ، وأخرجه مسلم عن عبد الله بن إدريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم : ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به . (مسلم : ١٢٢٩/٣) وأخرجه غيره أيضا (انظر نصب الراية : ١٣٢/٤) .

(٢) قال الزيلعي : هو مركب من حديثين ، فصدر الحديث أخرجه : النسائي (٣٢٠/٧) وأبو داود (٢٥٦/٢) والترمذي (٦٥٠/٣) بلفظ : جار الدار أحق بدار الجار والأرض (مع اختلاف في بعض الألفاظ) قال الترمذي : حديث حسن صحيح . وبقيّة الحديث أخرجه أيضا أصحاب السنن مع اختلاف في بعض الألفاظ : انظر (سنن أبي داود : ٢٥٦/٢) والترمذي (٦٥١/٣) وانظر نصب الراية (١٧٣/٤) .

— قوله ﷺ : (الجار أحق بسقبة • قيل : يا رسول الله ما سقبة ؟ قال : شفעתه) : ويروى : (الجار أحق بشفעתه) (١) •

ب - المقول :

وذلك أن ملك الجار متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار ، فثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهو مالا يقسم ، وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة — يعني اتصال التأييد والقرار — إنما اتصّب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار ، وقطع هذه المادة بتملك الأصيل — وهو الشفع — أولى ، لأن الضرر في حقه يازعاجه عن خطة آبائه أقوى ، وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره •
[الهداية وشروحها : ٤٠٧/٧ — ٤١٠]

٢ - واحتج القائلون بعدم ثبوتها لهما :

١ - بالآثار :

وذلك ما رواه مالك في الموطأ [٧١٣/٢] عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب : أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه •

وما روى البخاري [١١٤/٣] من حديث جابر رضي الله عنه قال : (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) •

ورواه أبو داود [٢٥٦/٢] بلفظ : (إذا قسمت الأرض وحدث فلا شفعة فيها) •

(١) القسم الأول من الحديث أخرجه البخاري (١١٥/٣) وأبو داود : ٢٥٦/٢ .
والقسم الثاني قال الزيلعي : ليس في الحديث ، وقال : وفي معجم الطبراني : قيل لعمر بن الشريد (أحد رواة الحديث) ما السقبة ؟ قال : الجوار • وفي مسند أبي يعلى الموصلي قال : الجار أحق بسقبة يعني شفעתه • (نصب الراية : ١٧٤/٤) .
والرواية الثانية أخرجه أبو داود : ٢٥٦/٢ •

وجه الاستدلال بما ذكر أن قوله ﷺ : (إذا وقعت الحدود فلا شفعة) ، صريح في أنه لا شفعة للشريك المقاسم ، وإذا كانت غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار ، على أن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم ، وبهذا المعنى يكون الحديث صريحا في أنه لا شفعة للجار .

قال الشافعي في الأم [٢٣٢/٣] بعد ذكره حديث جابر رضي الله عنه ومرسل سعيد رحمه الله تعالى: فبهذا نأخذ ، ونقول : لاشفعة فيما قسم اتباعا لسنة رسول الله ﷺ ، وعلمنا أن الدار إذا كانت مشاعة بين رجلين فباع أحدهما نصيبه منها فليس يملك أحدهما شيئا - وإن قل - إلا ولصاحبه منه ، فإذا دخل المشتري على الشريك للبائع هذا الرجل (١) ، كان الشريك أحق به منه ، بالثمن الذي ابتاع به المشتري ، فإذا قسم الشريكان ، فباع أحدهما نصيبه باع نصيبا لاحظ في شيء منه لجاره ، وإن كانت طريقتهم واحدة ، لأن الطريق غير البيع (٢) (٣) .

ب - بالاستصحاب :

وذلك أن الأصل في انتقال ملك شيء من شخص لآخر لا يكون إلا برضاه ، فيعمل بهذا الأصل إلا أن يدل دليل على خلافه ، والدليل قائم على مخالفة هذا الأصل في الشريك الذي لم يقاسم ، فيبقى فيما عداه على الأصل ، فلا تثبت الشفعة لسواه .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢٥٣/٢] : وبالجمله : فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه ، حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب - أي ثبوت الشفعة للشريك المقاسم والجار وعدم ثبوتها - فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول .

(١) أي على شريك البائع الذي باع نصيبه لهذا الرجل .

(٢) أي غير ما جرى عليه البيع .

(٣) انظر المغني : ٢٣٠/٥ بالاضافة لما ذكر من مراجع .

وقال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول [١١٩] : لا شفعة للجار عند الشافعي رضي الله عنه ، مصيراً منه إلى أن الشفعة تملك قهري تأباه العصمة ، غير أن الشرع ورد به في الشريك ، مقروناً بدفع أنواع من الضرر ، فيتقدر بقدر الضرورة ، وضرر الجار لا يساويه في اللزوم ، فإنه يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان ، ولذلك إذا اجتمعا قدم الشريك على الجار ، ولو تساويا في الضرر لتساويا في الاستحقاق كما في الخليطين ، فلا يلحق به .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٣٠/٥] : لأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل ، لمعنى معدوم في محل النزاع ، فلا تثبت فيه .

ج - ولمالك رحمه الله تعالى دليل آخر غير ما ذكر ، وهو : إجماع أهل المدينة ، جاء في الموطأ [٧١٣/٢] بعد ذكر مرسل سعيد بن المسيب : قال مالك : وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا .

المسألة السابعة : الصلح على الإنكار :

اختلف الأئمة في جواز الصلح مع الإنكار :

١ - ذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أن الصلح مع الإنكار باطل .
قال في الأم [١٩٦/٣] : وإذا ادعى الرجل على الرجل الدعوى في العبد أو غيره ، أو ادعى عليه جناية - عمداً أو خطأ - فصالحه - مما ادعى من هذا كله أو من بعضه - على شيء قبضه منه ، فإن كان الصلح - والمدعى عليه يقر - فالصلح جائز بما يجوز به البيع ، كان الصلح نقداً أو نسيئة ، وإذا كان المدعى عليه ينكر فالصلح باطل ، وهما على أصل حقهما ، ويرجع المدعي على دعواه ، والمعطي بما أعطى .

٢ - وذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن الصلح مع الإنكار جائز .

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٢٩٠/٢] : واختلفوا في جوازه على الإنكار ، فقال مالك : ... يجوز على الإنكار .

وقال في الشرح الكبير [٣١١/٣] : أو الصلح على الإنكار ، أي يجوز باعتبار ظاهر الحال .

والمالكية يشترطون شروطاً لصحة هذا الصلح ، تراجع في كتب المذهب .

وقال في بداية المبتدي [٢٤/٧] : والصلح على ثلاثة أضرب : صلح مع إقرار ، و صلح مع سكوت — وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر — ، و صلح مع إنكار ، وكل ذلك جائز .

وقال الخرقى : والصلح الذي يجوز هو : أن يكون للمدعى حق لا يعلمه المدعى عليه ، فيصطلحان على بعضه ، فإن كان يعلم ما عليه فجحدته فالصلح باطل . قال ابن قدامة : وجملة ذلك أن الصلح على الإنكار صحيح . [المغني : ٣٥٧/٤]

الأدلة :

١ — حجة الشافعي رحمه الله تعالى فيما ذهب إليه الاستصحاب ، وذلك أن الأصل براءة الذمة عن الحقوق ، لأنها خلقت فارغة ، والتمسك بهذا الأصل : كما يدفع الدعوى عن المدعى عليه ، يتعدى إلى المدعى في إبطال دعواه وصار كأنه أقام بينة على أن ذمته فارغة عن حق الغير ، وهكذا يبطل الصلح .

قال الزنجاني في تقريره على القول بالاستصحاب : منها : أن الصلح على الإنكار باطل عند الشافعي رضي الله عنه ، لأن الله تعالى خلق الذمم بريئة عن الحقوق ، فثبت براءة ذمة المنكر بخلق الله عز وجل ، ولم يقم الدليل على شغل ذمته ، فلا يجوز شغلها بالدين ، فلا يصح الصلح . [تخریج الفروع على الأصول : ٨٠]

ودعم الشافعية هذا القول بأن الصلح مع الإنكار يدخل في قوله ﷺ : (إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) ^(١) . وذلك أن المدعى : إن كان كاذباً فقد استحل من المدعى عليه ماله ، وهو حرام ، وإن كان صادقاً فقد حرم على نفسه ماله الحلال ، وهو حرام أيضاً . [مغني المحتاج : ١٨٠/٢]

(١) أخرجه أبو داود في سننه بلفظ : الصلح جائز بين المسلمين . . الخ (٢٧٣/٢)

٢ - حجة القائلين بجوازه :

أ - إطلاق قوله تعالى : « والصلح خير » / النساء : ١٢٨ / فإنه يتناول أضرب الصلح الثلاثة بإطلاقه ، كما قال الحنفية •

ب - عموم قوله ﷺ : (كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً) • فإن الصلح على الإنكار يدخل في هذا العموم •

وتأويل قوله ﷺ : أحل حراماً : أي لعينه كالخمر ، وقوله : حرم حلالاً : أي لعينه ، كالصلح على أن لا يظأ الضرة •

ودعموا قولهم : بأن هذا الصلح جرى بعد دعوى صحيحة ، فيقضى بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهو مشروع • والمدعى عليه يدفعه لتسقط الخصومة ويدفع اليمين عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً ، إذ المال وقاية الأنفس •

وأجاب الحنفية عن دليل الشافعية : بأن البراءة الأصلية دافعة للدعوى ، وليست حجة على المدعي ، بل صارت دعوى المدعي - أن المدعى حقي وملكي - معارضة لإنكار المنكر على السواء ، فإنه خبر محتمل أيضاً ، فكما لا يكون خبر المدعي حجة على المدعى عليه - في إلزام التسليم إليه لكونه محتملاً - فكذلك خبر المدعى عليه لا يكون حجة على المدعي في إبطال دعواه وفساد الاعتياض بطريق الصلح • [المغني : ٣٥٧/٤ ، الهداية وشروحها : ٢٤/٧ - ٢٧ ، بداية المجتهد : ٢٩٠/٢ ، الكشف : ٣٧٨/٣]

المسألة الثامنة : حكم الطلاق الواقع بالإيلاء :

اختلفوا في الطلاق الواقع بالإيلاء : هل هو بائن أو رجعي ؟

١ - ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه رجعي ، سواء طلق هو ، أم طلق عليه الحاكم •

قال ابن رشد في بداية المجتهد [١٠١/٢] : فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي أنه رجعي •

قال في الشرح الكبير [٤٣٨/٢] : تصح رجعة بعد أن طلق عليه : إن انحل
إيلؤه : بوطء بعدة ، أو تكفير ، أو انقضاء أجل ، أو تعجيل حنث .

وقال في الأم [٢٧٥/٥] : وإذا أوقف المولي فطلق واحدة ، أو امتنع من النفي
بلا عذر ، فطلق عليه الحاكم الواحدة ، فالتطبيق تطليقة يملك فيها الزوج الرجعة
في العدة .

٢ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما أنه رجعي مطلقاً ، والأخرى
أن تطليق الحاكم يقع بائناً .

قال ابن قدامة : والطلاق الواجب على المولي رجعي ، سواء أوقعه بنفسه أو
طلق الحاكم عليه . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله في المولي : فإن طلقها ؟ قال : تكون
واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائناً . قال
القاضي : المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائناً ، فإن في رواية الأثرم ،
وقد سئل : إذا طلق عليه السلطان أكون واحدة ؟ فقال : إذا طلق فهي واحدة ، وهو
أحق بها ، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة . [المغني : ٥٦٣/٧]

٣ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أن طلاق الإيلاء بائن .

قال في بداية المبتدي [١٨٤/٣] : وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت
منه بتطبيقه .

الأدلة :

١ - حجة القائلين بأنه رجعي الاستصحاب . وذلك أن الأصل في الطلاق إذا
وقع على الزوجة - وكانت مدخولاً بها ، ولم يكن الطلاق بعوض ، ولا طلاقاً ثالثاً -
أنه يكون رجعياً ، ولا يعدل عن الأصل إلا بدليل ، ولا دليل هنا على أنه بائن ،
فيقع رجعياً .

قال في بداية المجتهد [١٠١/٢] : لأن الأصل : أن كل طلاق وقع بالشرع ،
أنه يحمل على أنه رجعي ، إلى أن يدل الدليل على أنه بائن .

وقال في المغني [٥٦٤/٧] : إنه طلاق صادم مدخولاً بها - من غير عوض ولا
استيفاء عدد - فكان رجعياً ، كالطلاق في غير الإيلاء .

٢ - وأما الذين قالوا إنه بائن - وهم الحنفية - فحجبتهم في ذلك ما روه عن الصحابة رضي الله عنهم من أنه : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطلق ، وهي أحق بنفسها ، وفي لفظ : فهي تطلق بائنة •

وكذلك ما قالوه : من أن المقصود بإيقاع الطلاق تخليصها عن ضرر التعليق ، ولا يحصل التخليص بالرجعي ، لأنه يجبرها على الرجعة ، فوقع الطلاق بائناً ^(١) •

المسألة التاسعة : إرث المفقود :

اختلف الأئمة : في المفقود - الذي لا تعلم حياته أو موته - هل يعتبر كالميت فتوزع تركته على وراثته ، وإذا مات أحد ممن يرثهم هو لا يحتفظ له بنصيب ، أو أنه يعتبر حياً فلا توزع تركته ، وإذا مات أحد ممن يرثهم هو احتفظ له بنصيبه ؟

١ - ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه يعتبر حياً في حق نفسه فلا يرثه أحد ، وكذلك في حق غيره ، فإذا مات من يرثه احتفظ له بنصيبه ، إلى أن يعلم حياته أو موته ، أو يمضي من الزمان ما لا يعيش إلى مثله غالباً •

قال النووي في المنهاج [٢٦ / ٣ - ٢٧] : ومن أسر ، أو فقد ، وانقطع خبره ، ترك ماله حتى تقوم بينة بموته ، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ، فيجتهد القاضي ويحكم بموته ، ثم يعطي ماله من يرثه وقت الحكم • ولو مات من يرثه المفقود حصته وعملنا في الحاضرين بالأسوء •

وقال في بداية المجتهد [٥٢ / ٢] : وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً •

وقال في الشرح الكبير [٤٨٧ / ٤] : ووقف مال المفقود - الذي لم يعلم له موضع ولا حياة - للحكم من الحاكم بالفعل بموته بعد زمن التعمير • قال : وإن مات مورثه - أي من يرث منه المفقود - قدر المفقود حياً بالنسبة لإرث بقية الورثة ،

(١) الهداية وشروحها : ١٨٥/٣ - ١٨٦ ، وانظر مسألة (وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإبراء) (الفصل الثاني من الباب الخامس) •

فتمنع الأخت من الإرث وتنقص الأم • وقدر أيضاً ميتاً ، فلا تمنع الأخت وتزاد الأم وينقص الزوج للعلول ، وأعطى الوارث غير المفقود أقل نصيبه ووقف المشكوك فيه ، فإن مضت مدة التعمير فكال مجهول ، أي فالمفقود كمن جهل تأخر موته ، أي فلا إرث له ، وترثه أحياء ورثته •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنه يعتبر حياً في حق نفسه ، فلا توزع تركته حتى يعلم حياته أو موته ، أو يمضي زمن التعمير ، وأما في حق غيره : فيعتبر ميتاً ، فإذا مات من يرثه فلا يحتفظ له بنصيب ، ولا يعتد به في توزيع التركة على ورثة المتوفى •

قال في بداية المبتدي [٤٤٤/٤ - ٤٤٦] : وإذا تم له مائة وعشرون من يوم ولد حكمنا بموته ، ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه ، ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده •

وقال في الدر المختار [٢٩٣/٤ - ٢٩٦] : وهو في حق نفسه حي • وقال : وميت في حق غيره ، فلا يرث من غيره •

٣ - وذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى إلى : أنه يعتبر حياً في حق نفسه وحق غيره مدة أربع سنين من غيابه ، فإذا مضت أربع سنين : اعتبر ميتاً في حق نفسه وحق غيره ، فتوزع تركته ولا يرث من أحد مات ممن يرثهم •

قال ابن قدامة [المغني : ٣٨٩/٦] تحت عنوان : فصل في ميراث المفقود وهو نوعان :

أحدها : الغالب من حاله الهلاك ... (عدد صوره) ثم قال : فهذا ينتظر به أربع سنين ، فإن لم يظهر له خبر : قسم ماله ، واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للأزواج ، نص عليه الإمام أحمد •

قال : وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته ، وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقيه ، فإن بان حياً أخذه ورد الفضل إلى أهله ،

وإن علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وإن علم أنه كان ميتاً حين موت مورثه رد الموقوف إلى ورثة الأول •

قال : وإن مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضاً إلى ورثة الأول ، لأنه مشكوك في حياته حين موت مورثه ، فلا نورثه مع الشك ، وكذلك إن علمنا أنه مات ولم يدر متى مات •

الأدلة :

١ - حجة القائلين باعتباره حياً - حتى ثبت الموت أو يمضي زمن التعبير في حق نفسه وحق غيره - أن الأصل حياته ، فيستصحب الأصل حتى يظهر خلافه •

قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج [٢٧/٣] : لأن الأصل بقاء الحياة ، فلا يورث إلا بيقين ، أما عند البينة فظاهر ، وأما عند مضي المدة مع الحكم فلتنزيله منزلة قيام البينة •

وقال الشافعي في الأم [٤/٤ - ٥] : وكان معقولاً عن الله عز وجل ، ثم عن رسول الله ﷺ ، ثم في لسان العرب وقول عوام أهل العلم عندنا : أن امرءاً لا يكون موروثاً أبداً حتى يموت ، فإذا مات كان موروثاً ، وأن الأحياء خلاف الموتى ، فمن ورث حياً دخل عليه - والله تعالى أعلم - خلاف حكم الله عز وجل وحكم رسوله ﷺ ، فقلنا - والناس معنا - بهذا لم يختلف في جملته ، وقلنا به في المفقود ، وقلنا لا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته • اهـ •

وإذا ثبت أنه لا يورث استصحاباً لحياته ، ثبت توريثه من مورثه إذا مات ، لأن الاستصحاب حجة في الإثبات كما هو حجة في الدفع (١) •

٢ - وأما الحنفية الذين قالوا باعتباره حياً في حق نفسه وميتاً في حق غيره : فحجتهم في ذلك أيضاً الاستصحاب ، وإنما الاستصحاب عندهم لا يصلح حجة لإثبات الحقوق •

(١) انظر بداية المجتهد : ٥٢/٢

قال في الهداية [٤٤٦/٤] : لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب ، وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق •

وقال ابن عابدين في حاشيته [٢٩٣/٤] : لأن الأصل أنه حي ، وأنه إلى الآن كذلك استصحاباً للحال السابق ، والاستصحاب حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للإثبات أي تصلح لدفع ما ليس بثابت لا لإثباته •

هذا ، والذي رأيته في المبسوط [٥٤/٣٠] أنه يوقف نصيب المفقود من الميراث — كما قال الشافعية والمالكية — واحتج لذلك بالاستصحاب أيضاً فإنه قال : يوقف نصيب المفقود كما يوقف نصيب الحمل ، لأن حياته كانت معلومة ، وما علم ثبوته فالأصل بقاءه ، إلا أن الحكم بحياته باعتبار استصحاب الحال ، فهو حجة في إبقاء ما كان على ما كان ، وليس بحجة في إثبات ما لم يكن ثابتاً ، لأن ثبوته لانعدام الدليل المزيل ، لا لوجود الدليل المنفي ، فنقول : في مال نفسه يجعل حياً ، لإبقاء ما كان على ما كان ، وفي مال غيره لا تثبت حياته ^(١) ، لأن الحاجة إلى استحقاق الميراث لدفع استصحاب لا يكفي لذلك •

٣ — وأما الذين قالوا باعتباره ميتاً مطلقاً ، فيورث ولا يرث بعد مضي أربع سنين : فحجتهم في ذلك القياس على التفريق بينه وبين زوجته بعد مضي أربع سنين ، والحكم بجواز تزويجها بعد مضي فترة العدة من حين التفريق •

قال ابن قدامة : ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته — على ما ذكرنا في العدد — وإذا ثبت ذلك في النكاح — مع الاحتياط للأبضاع — ففي المال أولى •

وأيدوا هذا القياس بأن الظاهر هلاكه ، فأشبهه مالو مضت مدة لا يعيش إلى مثلها • [المغني : ٣٨٩/٦]

وهذه المسألة من أشهر المسائل التي تبرز أثر الخلاف في اعتبار الاستصحاب حجة في الدفع والإثبات ، أو في الدفع فقط •

(١) لعل المراد أنه لا يعطى سهمه من الآن ، بل يكون موقوفاً .

المسألة العاشرة : ادعاء أنه على دين قريبه المتوفى عند موته :

وصورة المسألة : إذا مات مسلم ، وادعى أحد الورثة — وكان كافراً — أنه أسلم قبل وفاة مورثه ، وقال باقي الورثة : بل أسلمت بعد وفاته ؟

أو : مات نصراني وادعى أحد الورثة — وهو مسلم — أنه أسلم بعد وفاة مورثه ، وقال باقي الورثة : بل أسلمت قبل وفاته ؟ • اختلفوا في هذا •

١ — فذهب أبو حنيفة وأصحابه — ما عدا زفر — رحمهم الله تعالى إلى : أن القول قول باقي الورثة في الصورتين جميعاً •

قال في الهداية [٥١٥/٥ — ٥١٧] : وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت : أسلمت بعد موته ، وقالت الورثة : أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة • وقال زفر رحمه الله : القول قولها •

وقال : ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة : أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضاً •

٢ — وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : أن القول قول الورثة في الصورة الأولى ، وقول الوارث المدعي في الصورة الثانية • وهو قول زفر كما سبق •

قال في الأم [٢٤٦/٦] : وإذا مات المسلم وله امرأة فقالت : كنت أمة فأعتقت قبل أن يموت ، أو ذمية فأسلمت قبل أن يموت ، أو قامت عليها بينة بأنها كانت أمة أو ذمية ، وادعت العتق والإسلام قبل أن يموت الزوج ، فأنكر ذلك الورثة وقالوا : إنما كان العتق والإسلام بعد موته ، فالقول قول الورثة وعلى المرأة البينة •

وقال في المنهاج [٤٨٦/٤] : ولو مات نصراني عن ابنين مسلم ونصراني ، فقال المسلم : أسلمت بعد موته فاليراث بيننا ، فقال النصراني : بل قبله ، صدق المسلم بيمينه •

٣ — أما مالك وأحمد رحمهما الله تعالى : فالظاهر من كتب المذهب أنهما يقولان بقول الشافعي ، وأن القول قول من يدعي استمرار ما سبق ، وإن لم تنص الكتب على الصورتين •

جاء في الشرح الكبير [٢٢٤/٤] : وإن ادعى أخ أسلم : أن أباه أسلم ومات مسلماً وادعى الأخ النصراني أنه استمر على النصرانية ومات على نصرانيته فالقول للنصراني •

قال في الحاشية : هذا إذا كان دينه المعلوم النصرانية ، فإن كان الإسلام فبالعكس ، أي إن تجردت دعواهما فالقول قول المسلم •

وقال ابن قدامة : ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها ، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت ، فادعت أنها أسلمت قبل موته ، فأنكرها الورثة ، فالقول قول الورثة •

وقال الخرقى : ولو مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً ، فادعى المسلم أن أباه مات مسلماً ، وادعى الكافر أن أباه مات كافراً فالقول قول الكافر مع يمينه •

قال ابن قدامة : هذا فيما إذا لم يثبت ، فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من يقيه عليه مع يمينه • [المغني : ٢٧٥/١ - ٢٧٧]

الأدلة :

حجة الجميع فيما ذهبوا إليه في هذه المسألة الاستصحاب ، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق عند أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى ، وإنما يصلح حجة للدفع فقط • ولهذا اعتبروا قول الورثة في الصورتين ، لأن فيه استصحاباً للحال التي يدفع بها قول المدعي في استحقاق الميراث •

قال في الفتح : فالمسألتان مبنيتان على أصل واحد ، وهو : أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق •

وقال في الهداية محتجاً للصورة الأولى (مات مسلم ٠٠٠٠) : ولا يحكم للحال : لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ، وهي محتاجة إليه (أي الاستحقاق) أما الورثة فهم الدافعون • قال في الفتح : والاستصحاب يكفي لهم في ذلك ، وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته •

وقال - في الهداية أيضاً - محتجاً للصورة الثانية (مات نصراني ٠٠٠) :
ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال . قال في
العناية : إن سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين ، وكل ما هو ثابت في
الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيماً للحال - أي باستصحاب الحال - وهذا الحال
ظاهر نعتيره لدفع استحقاقها الميراث ، وهو صحيح ، وهو - أعني زفر - يعتبره
للاستحقاق ، وهو ليس بصحيح عندنا . [الهداية وشروحها ٥١٥/٥ - ٥١٧]

وأما الشافعي وأحمد ومالك - وكذلك زفر - رحمهم الله تعالى فإن
الاستصحاب عندهم حجة مطلقاً ، فيصلح للاستحقاق كما يصلح للدفع ، ولذلك
قالوا : القول قول من يدعي استمرار الحال ، حتى يثبت بالبينة خلافه .

قال في الأم [٢٤٧/٦] تعليلاً للصورة الأولى : إذا عرفت بحال فهي من أهلها ،
حتى تقوم البينة على خلافها .

وقال في مغني المحتاج [٤٨٦/٤ - ٤٨٧] : محتجاً للصورة الثانية : لأن الأصل
استمراره على دينه ، أي : إن المسلم الذي ادعى إسلامه بعد موت أبيه النصراني ،
الأصل استمراره على دين أبيه .

وقال في الشرح الكبير [٢٢٤/٤] محتجاً للصورتين : استصحاباً للأصل
المتفق عليه .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٧٥/١٠ - ٢٧٧] : لأن الأصل عدم ذلك ، أي
عدم ما ادعته من إسلامها قبل موته .

وقال : ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه ، وكان القول قول من يدعيه .

وقال : لأن دعوى المسلم لا تخلو : من أن يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب
كون أولاده مسلمين ، ويكون أخوه الكافر مرتداً ، وهذا خلاف الظاهر ، فإن المرتد
لا يقر على رده في دار الإسلام . أو يقول : إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته ،
فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه ، مدع زوانه وانتقاله ، والأصل بقاء ما كان على
ما كان حتى يثبت زواله .

المسألة الحادية عشرة : وجوب الدية في الشعور :

اتفق الأئمة على أنه لا قصاص على من أزال شيئاً من شعور غيره : كشعر الرأس ، أو الحاجبين ، أو اللحية ، أو أشعار العينين • كما أنهم اتفقوا على أنه لا دية فيها إذا لم يفسد المنبت • واختلفوا في وجوب الدية أو الحكومة فيما إذا أزيلت وفسد منبتها ؟ •

١ - ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه لا دية في الشعور ، وإنما تجب الحكومة ^(١) • قال الشافعي في الأم [١٠٩/٦] : لا قدر في الشعر معلوم ، وفيه - إذا لم ينبت أو نبت معيياً - حكومة بقدر الألم ، أو الألم والشين ^(٢) •

قال الزنجاني [في تخريج الفروع على الأصول : ٨٢] : إن الدية لا تكمل في الشعور الخمس عندنا : وهي : شعر الرأس والنحية والحاجبين والأهداب والشاربين ، بل حكومة عدل •

وقال في مغني المحتاج [٦٢/٤] : بخلاف ما لو انفردت الأهداب ، فإن فيها حكومة إذا فسد منبتها ، كسائر الشعور •

وقال الدردير : وقلع شعر حاجب أو هدب - الواحد أو المتعدد - فيه الحكومة إن لم ينبت ، فإن نبت وعاد لهيئته فلا شيء فيه إلا الأدب في العمد ^(٣) ، وكذا شعر الرأس واللحية • [الشرح الكبير : ٢٧٧/٤]

٢ - وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أنه تجب فيها الدية •

قال في تنوير الأبصار : وفي النفس والأنف والذكر والحشفة والعقل والشم والذوق والسمع والبصر واللسان - إن منع النطق أو منع أداء أكثر الحروف - ولحية حلق لم تنبت ، وشعر الرأس كذلك ، والعينين والشفتين والحاجبين والرجلين

(١) أي مقدار يراه القاضي العدل متناسباً مع النقص الحاصل بالجناية .

(٢) العيب الحاصل .

(٣) أي تمزيير الجاني في حال كونه متعمداً في فعله .

والأذنين والألتين وئدي المرأة ، الدية • وقال : وفي أشفار العينين الأربعة الدية ،
وفي أحدها ربعها • [حاشية ابن عابدين : ٥٧٥/٦ - ٥٧٨]

وقال الخرقى : وفي قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية ، وفي شعر اللحية
الدية إذا لم ينبت ، وفي الحاجبين إذا لم تنبت • قال ابن قدامة : وتجب في أهذاب
العينين بمفردها الدية - وهو الشعر الذي على الأجفان - وفي كل واحد منها
ربعها • [المغني : ٤٤٠/٨ - ٤٤٣]

الأدلة :

١ - حجة القائلين بالحكومة وعدم وجوب الدية الاستصحاب • وذلك أن
الأصل عدم وجوب الدية إلا بتفويت النفس ، فيستصحب هذا الأصل إلا فيما ثبت
فيه الدليل بوجوب الدية كالأعضاء ، ولا دليل على ثبوتها في الشعور ، فتبقى على
الأصل في وجوب الحكومة فيما لادية فيه •

قال الزنجاني في تفريعه على القول بالاستصحاب [تخريج الفروع : ٨٢] :
ويتفرع على ذلك مسائل منها : أن الدية ••• إلى آخره ، ثم قال : لأن الأصل
أن لا يجب كمال الدية بإتلاف البعض ، غير أن الشرع علق كل الدية بإتلاف الطرف ،
لأنه تفويت منفعة الجنس ، فيصير الشخص كالهالك في حق ملك المنفعة ، والشعور
ليست من هذا القبيل ، فبقي على الأصل ، وهو امتناع كمال الدية •
[وانظر مغني المحتاج : ٦٢/٤]

وقال ابن رشد في بداية المجتهد [٤١٣/٢] : وعمدة مالك أنه لا مجال فيه
للقياس ، وإنما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماء فيه دية فالأصل أن
فيه حكومة •

٢ - وأما القائلون بوجوب الدية : فحجتهم القياس ، وذلك :

- أنهم قاسوا هذه الشعور على الأعضاء التي تجب في ذهابها الدية كالأذن
ومارن الأنف ، بجامع أن ذهاب كل منها فيه تفويت منفعة •

— وبقياسها أيضاً على أذن الأصم وأنف الأخشم ، بجامع أن ذهاب كل منها فيه تفويت الجمال على الكمال ، فتجب فيه الدية .

قال ابن عابدين في الحاشية معللاً القول بوجوب الدية فيها : **لأنه أزال الجمال على الكمال** .

وقال ابن قدامة : ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة ، كأذن الأصم ، وأنف الأخشم .

وقال في الأهداب : ولنا : أن فيها جمالاً ونفعاً ، فإنها تقي العينين وترد عنهما ، وتحسن العين وتجملها ، فوجب فيها الدية كالأجفان بأهدابها .

وربما دعموا قولهم هذا بما روي عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما : أنهما قالوا في الشعر : فيه الدية .

[المغني : ٤٤٠/٨ — ٤٤٣ ، حاشية ابن عابدين : ٥٧٥/٦ — ٥٧٨]

المسألة الثانية عشرة : ادعيا عيناً في يد ثالث ، وأقام كل منهما بينة :

صورة المسألة : أن تكون عين — دار أو سواها — في يد إنسان ، فيدعيها اثنان آخران ، ويقيم كل منهما بينة أنها ملكه ، وصاحب اليد منكر لهما ويدعي ملكها ؟

١ — ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن البيتين هنا تعارضتا ، وإذا تعارضت البيتان تساقطتا ، وصار كأن لايينة لهما ، ويحكم بالعين لصاحب اليد عملاً بالاستصحاب .

قال الزنجاني [تخريج الفروع على الأصول : ٨١] في المسائل التي تنفرع على القول بالاستصحاب : ومنها : إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث ، وأقام كل واحد منهما بينة على أن الملك في جميع الدار له ، تعارضت البيتان وتساقطتا ، وصار كأن لايينة عندنا ، وتقر الدار بيد الثالث تمسكاً بالاستصحاب .

وقال النووي : ادعيا عيناً في يد ثالث ، وأقام كل منهما بينة ، سقطتا . قال في

مغني المحتاج : فعلى هذا كأن لاينة، ويصار إلى التحالف ، فيحلف لكل منهما يميناً .
[المنهاج ومغني المحتاج : ٤ / ٤٨٠]

وقال ابن قدامة : وإذا كان في يد رجل دار فادعاها تقسان ، قال أحدهما :
أجرتكها ، وقال الآخر : هي داري أعرتكها ، أو قال : هي داري ورثتها من أبي ،
أو قال : هي داري ولم يذكر شيئاً آخر ، فأنكرهما صاحب اليد وقال : هي داري ،
فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل منهما بما
ادعاه بينة تعارضتا ، وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى . اهـ .

والذي يؤخذ مما ذكر فيما مضى : أن البيتين إذا تعارضتا ففي المسألة قولان :
أحدهما : تسقط البيتان وكأنا كمن لاينة لهما ، الثاني : يعمل بهما ، وتقسم العين
بين المدعين أو يقرع بينهما .

والظاهر : أن القول الراجح في المذهب سقوط البيتين عند تعارضهما ، فقد
قال الخراقي : ولو كانت الدابة في أيديهما : فأقام أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر
البينة أنها له تجت في ملكه ، سقطت البيتان ، وكأنا كمن لاينة لهما .

وإذا سقطت البيتان ، فالظاهر من كلام ابن قدامة : أن القول قول صاحب
اليد مع يمينه . قال في المغني : وإن قلنا تسقط البيتان حلف صاحب اليد وأقرت
في يده كما لو لم تكن لهما بينة . [المغني : ١٠ / ٢٤٥ - ٢٥٧]

وهذا - كما ترى - قول بالاستصحاب وعمل به .

والظاهر أن مذهب مالك رحمه الله تعالى كمذهبهما قولاً واستدلالاً .

[انظر تبصرة الحكام : ١ / ٣٠٩ - ٣١١]

٢ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه يعمل بالبيتين وتنزع العين من
صاحب اليد ، وتقسم بين صاحبي البينة بالسوية .

قال في تنوير الأبصار : ولو برهن خارجان على شيء قضي به لهما ، قال ابن
عابدين : يعني إذا ادعى اثنان عيناً في يد غيرهما ، وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ،
ولم يذكر سبب الملك ولا تاريخه ، قضي بالعين بينهما ، لعدم الأولوية .

وقال في الهداية : وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر ، كل واحد منهما يزعم أنها له ، وأقاما البينة ، قضى بها بينهما •

وحجتهم في هذا : حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة ، وأقام كل واحد منهما البينة ، فقضى بها بينهما نصفين (١) •

ودعموا هذا أيضاً : بأنه قد صحت البيتان ، فوجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتصنيف إذ المحل يقبله ، وينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق •

وظاهر ما ذكرناه أن صاحب اليد لم يدع ملكها ، ويمكن القول : إن الحكم لا يختلف عندهم في حال ادعاء صاحب اليد ملكها ، لأن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق عندهم •

[حاشية ابن عابدين : ٥٧١/٥ ، الهداية وشروحها : ٢١٧/٦ - ٢١٨]

المسألة الثالثة عشرة : القضاء بالنكول :

إذا لم تكن للمدعي بينة ، وطولب المدعى عليه باليمين فنكل ولم يحلف ، فهل يقضى عليه بالمدعى به بمجرد النكول ، أو ترد اليمين على المدعي ؟ اختلف الأئمة في ذلك :

١ - ذهب الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى إلى : أنه لا يقضى عليه بالنكول ، وإنما تعرض اليمين على المدعي : فإن حلف أخذ ما ادعى به ، وإلا فلا •

قال في الأم [٢٥٥/٥] : ولا يقوم النكول مقام إقرار في شيء حتى يكون معه يمين المدعي •

وقال [٢٣٧/٦] : فالبينة على المدعي ، فإن جاء بها أخذ ما ادعى ، وإن لم يأت بها فعلى المدعى عليه الشيء في يديه اليمين بإبطال دعواه ، فإن حلف برى ، وإن نكل قيل للمدعي : لا نعطيك بنكوله شيئاً دون أن تحلف على دعواك مع يمينه •

(١) من مجموع روايتين أخرجهما أبو داود في سننه : ٢٧٨/٢ - ٢٧٩ •

وقال في مغني المحتاج [٤٧٧/٤] : وإذا نكل المدعى عليه عن يمين طلبت منه حلف المدعي اليمين المردودة ، لتحول الحق إليه ، وقضي له بمدعاه ، ولا يقضى بنكوله .

وقال في بداية المجتهد [٤٥٧/٢] : فقال مالك : ... إذا نكل المدعى عليه ، لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول ، إلا أن يحلف أو يكون له شاهد واحد .

وقال الدسوقي [١٤٧/٤ ، ١٥١] : وللمدعى عليه رد اليمين المتوجهة عليه ابتداء على المدعي ، وقالوا : لو أنكر المدعى عليه ما ادعى به وقال : يحلف المدعي يأخذ ما ادعى به ، فإنه يجاب لذلك .

٢ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أنه يقضى على المدعى عليه بمجرد النكول ، ولا ترد اليمين على المدعي في حال .

قال في بداية المبتدي [١٥٨/٦] : وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول ، وألزمه ما ادعى عليه .

وقال في الدر المختار [٥٤٩/٥] : واليمين لا ترد على مدع .

٣ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى في المنصوص عنه : إلى القضاء بالنكول في الأموال ، وعدم القضاء به فيما سوى ذلك . وروي عنه في الأموال كغيرها .

قال ابن قدامة : وإن قال - أي المدعى عليه - : ما أريد أن أحلف ، أو سكت فلم يذكر شيئاً ، نظرنا في المدعى :

فإن كان مالا ، أو المقصود منه المال ، قضي عليه بنكوله ، ولم ترد اليمين على المدعي ، نص عليه أحمد فقال : أنا لا أرى رد اليمين ، إن حلف المدعى عليه ، وإلا دفع إليه حقه . واختار أبو الخطاب : أن له رد اليمين على المدعي ، إن ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوبه أحمد فقال : ما هو بعيد ، يخلف ويستحق .

فأما غير المال ، وما لا يقصد به المال : فلا يقضى فيه بالنكول ، نص عليه أحمد في القصاص ، وتقل عنه في رجل ادعى على رجل أنه قذفه ، فقال : استخلفوه ،

فإن قال : لا أحلف أقيم عليه • قال أبو بكر : هذا قول قديم ، والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا^(١) بالنكول • [المغني : ٢١١/١ - ٢١٢]

الأدلة :

١ - حجة القائلين إنه لا يقضى بالنكول :

حجة الشافعي رحمه الله تعالى - فيما ذهب إليه - الاستصحاب ، وذلك أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يقوم الدليل على شغلها بحق الغير ، والنكول لا ينهض دليلا على ذلك ، لأن النكول كما يحتمل أن يكون تحرزا عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون تورعا عن اليمين الصادقة ، ولا قضاء مع التردد •

قال الزنجاني في تخريجه على القول بالاستصحاب [٨٠] : ومنها : أنه لا يقضى على الناكل بمجرد نكوله ، بل يعرض اليمين على المدعي عندنا ، لأن الأصل أن لا يحكم إلا بما يعلم ، أو يظن ظنا يقارب العلم ، فإذا أعوز بقينا على النفي ، استصحابا للبراءة الأصلية •

ودعم الشافعي قوله هذا بما رواه في الأم [٣٤/٧] عن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ رد في القسامة بدأ الأنصارين ، فلما لم يحلفوا رد الأيمان على اليهود • [واطظر مغني المحتاج : ٤٧٧/٤]

وهذا الحديث هو حجة مالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة •

قال في بداية المجتهد [٤٥٧/٢] : فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين : ما رواه مالك من أن رسول الله ﷺ رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار ، قال : ومن حجة مالك : أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما يمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عنده : اشتراط الاثنية في الشهادة •

(١) أي من هذا النوع المدعى به ، وهو ما ليس بمال ولا يقصد به المال ، كالقذف مثلا .

٢ - وأما القائلون بالقضاء بالنكول فيما قضاوا به ، فحجتهم في ذلك قول النبي ﷺ : (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) (١) .

وجه الاستدلال به : أن النبي ﷺ جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه ، كما جعل جنس البينة في جانب المدعي ، يؤيد هذا ما ورد بلفظ : (ولكن اليمين على جانب المدعى عليه) (٢) . وهذا يدل على حصر اليمين في جانب المدعى عليه ، فلا يمين على المدعي ، فإذا نكل المدعى عليه فلا تترد على المدعي ، وقضي عليه بالنكول .

واستدل الحنفية أيضا أن الإقدام على اليمين واجب ، لقوله ﷺ : (واليمين على من أنكر) (٣) ، لأن كلمة على تدل على الوجوب ، فإذا نكل عن اليمين دل نكوله على كونه باذلا للحق أو مقرا به ، وإلا لأقدم على اليمين إقامة للواجب ، وعلى هذا يقوم النكول مقام الإقرار .

وأيدوا قولهم هذا بعمل الصحابة ، فقد قال ابن قدامة : قال أحمد : قدم ابن عمر إلى عثمان في عبد له ، فقال له : احلف أنك ما بعته وبه عيب علمته ؟ فأبى ابن عمر أن يحلف ، فرد العبد عليه ، ولم يرد اليمين على المدعي . وذكر الحنفية أن القضاء بالنكول إجماع الصحابة .

[المغني : ٢١١/١٠ ، الهداية وشروحها : ١٥٨/٦ - ١٥٩ ، ابن عابدين : ٥٤٩/٥]

هذا ولم يتعرض ابن قدامة لعمدة أحمد في عدم قضاؤه بالنكول في غير الأموال ، ولعلمهم أخذوا فيها بما أخذ الشافعي عامة ، وخالفوه هنا لما ورد من دليل اعتبروه خاصا في الأموال ، كما يؤخذ من حديث ابن عمر .

(١) أخرجه الترمذي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما (٦٢٦/٣) والقسم الأخير منه في البخاري وغيره .

(٢) مسلم : ١٣٣٦/٣ (بدون لفظ : جانب) .

(٣) البيهقي وابن عساكر عن ابن عمر (فيض القدير : ٢٢٥/٣) .

المسألة الرابعة عشرة : حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من الصيد :

إذا ظهر كون الكلب معلما ، ثم أرسل على صيد فأكل منه ، هل يؤكل هذا الصيد وما سبقه من صيود له أولا ؟ اختلف الأئمة في ذلك :

١ - ذهب الشافعي رحمه الله تعالى - في الأظهر من قوله - وأحمد رحمه الله تعالى - في أصح الروايتين عنه - إلى : أنه لا يؤكل ذلك الصيد الذي أكل منه ، وأما الصيود التي صاها قبل الصيد الذي أكل منه : فإنها تؤكل عندهما قولاً واحداً .

قال في الأم [١٩٢/٢] : فإذا أكل : فقد قيل يخرج هذا من أن يكون معلما ، وامتنع صاحبه من أن يأكل من الصيد الذي أكل منه الكلب . وقال : ويحتمل القياس أن يأكل وإن أكل منه الكلب .

قال في المنهاج [٢٧٥/٤ ، ٢٧٦] : ولو ظهر كونه معلما ، ثم أكل من لحم صيد ، لم يحل ذلك الصيد في الأظهر . قال في مغني المحتاج : ونبه المصنف بقوله (ذلك الصيد) على أنه لا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبله .

قال في المجموع [١٠٩/٩] : قال أصحابنا : ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل ، وهذا لا خلاف فيه عندنا .

وقال ابن قدامة [المغني : ٣٧٠/٩] : الشرط الخامس : أن لا يأكل من الصيد ، فإن أكل منه لم يباح في أصح الروايتين ، والرواية الثانية : يباح . قال : وإذا ثبت هذا ، فإنه لا يحرم ما تقدم من صيوده في قول أكثر أهل العلم .

٢ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إلى تحريم ما أكل منه وما سبقه من صيود ، وخالفه الصحابان - أبو يوسف ومحمد - فيما أحرزه في بيته من صيود سابقة ولم يستهلكه ، فقالا : لا يحرم .

قال في بداية المبتي [١٧٦/٨] : ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ، ثم أكل من صيد ، لا يؤكل هذا الصيد . قال في الهداية : وأما الصيود التي أخذها

من قبل : فما أكل منها لا يظهر فيه الحرمة : لانعدام المحلية ، وما ليس بمحرر -
بأن كان في المفازة بأن لم يظهر صاحبه به بعد - تثبت فيه الحرمة بالاتفاق ، وما هو
محرر في بيته يحرم عنده ، خلافا لهما • [وانظر ابن عابدين : ٤٦٧/٦]

٣ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه لا يحرم صيد المعلم وإن أكل منه •
قال في متن الشرح الكبير [١٠٢/٢ - ١٠٤] : وجرح مسلم مميز وحشيا^(١) - وإن
تأنس عجز عنه إلا بعسر ، لا نعم شرد ، أو تردى بكوة - سلاح محدد ، وحيوان
علم بإرسال من يده ، يلا ظهور ترك ، ولو تعدد مصيده أو أكل •
وواضح من مذهب مالك رحمه الله تعالى : أن الصيد التي سبقت الصيد
الذي أكل منه لا تحرم من باب أولى •

الأدلة :

١ - حجة الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى - في حل ما سبق من صيود قبل
أكله - الاستصحاب •

وذلك : أنه حين صادها ، كان حل صيده ثابتا بيقين ، لظهور كونه معلما ،
فلا يحكم بالحرمة إلا بدليل ، ولا دليل على تحريمه ، فيبقى على أصل الحل الثابت
بيقين •

قال الزنجاني [تخريج : ٨٠] : إن الكلب المعلم إذا أكل من فريسته مرة واحدة ،
لم تحرم تلك الفريسة على أحد القولين عندنا ، ولم يحرم ما مضى من فريسته قولا
واحدا ، استصحابا للحل الثابت قبل الأكل ، فإنه ثابت يقينا •

وقال ابن قدامة [المغني : ٣٧٠/٩] : ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة
فوجب الحكم به ، ولهذا حكمنا بحل صيده ، فإذا وجد الأكل : احتمل أن يكون
لنسيان ، أو لفرط جوعه ، أو نسي التعليم ، فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال • هـ
وهذا - كما ترى - يصلح استدلالا للقول بحل ما أكل منه ، وإنما عدلا عن

(١) أي يحل جرح المسلم المميز أكل الحيوان الوحشي ••

القول بذلك — كما هو الصحيح عنهما — لحديث عدي بن حاتم رضي الله عنه :
أن النبي ﷺ قال : (إذا أرسلت كلبك المعلم وسميت فأمسك وقتل فكل ، وإن
أكل فلا تأكل ، فإنني أخاف أن يكون أمسك على نفسه) (١) .

قال ابن قدامة [المغني : ٣٧٠/٩] : ولنا عموم الآية والأخبار (٢) ، وإنما خص
منه ما أكل منه ، ففيما عداه يجب القضاء بالعموم .

وقال الشافعي [الأم : ١٩٢/٢] : فإذا أكل فقد قيل يخرج هذا من أن يكون
معلما ، وامتنع صاحبه من أن يأكل من الصيد الذي أكل منه الكلب ، لأن الكلب
أمسكه على نفسه ، وإن أكل منه صاحب الكلب أكل من صيد غير معلم . ويحتمل
القياس أن يأكل وإن أكل منه الكلب ، من قبل أنه إذا صار معلما صار قتله ذكاة ،
فأكل ما لم يحرم أكله ما كان ذكيا ، كما لو كان مذبوحا فأكل منه كلب لم يحرم ،
وطرح ما حول ما أكل .

قال : وهذا قول ابن عمر وسعد بن أبي وقاص ، وبعض أصحابنا ، وإنما
تركنا هذا للأثر الذي ذكر الشعبي عن عدي بن حاتم : أنه سمع النبي ﷺ يقول :
(فإذا أكل فلا تأكل) . قال : وإذا ثبت الخبر عن النبي ﷺ لم يجز تركه لشيء .
[وانظر مغني المحتاج : ٢٧٥/٤]

٢ — وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى : أن الأكل من الصيد دليل جهله من
الابتداء ، لأن علمه أمر خفي لا يطلع عليه ، فيعتبر السبب الظاهر المظهر له ، وهو
الامتناع عن الأكل ، وبالإقدام على الأكل أظهر ضد العلم وهو الجهل ، لأن الأكل
هو السبب الظاهر المظهر للجهل ، ولأن الحرفة لا ينسى أصلها ، فبالأكل تبين أنه
كان يترك الأكل للشبع لا للعلم ، وصيد الجاهل لا يؤكل .

(١) أخرجه البخاري بروايات عدة مع اختلاف في بعض اللفاظ (١١٠/٧) — (١١٤) .

(٢) الأخبار كالخبر السابق والروايات التي أشرنا إليها ، والآية قوله تعالى :

« فكلوا مما أمسكن عليكم » / المائدة : ٤ .

وحجة الصاحبين : أن الأكل لا يدل على الجهل فيما تقدم ، لأن الحرفة قد تنسى ، وما أحرزه قد أمضي الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ، لأن المقصود قد حصل بالإحراز ، بخلاف غير المحرز ، لأنه ما حصل المقصود من كل وجه ، لبقائه صيدا من وجه ، لعدم الإحراز ، فحرم احتياطا .

وأجيب بأن المقصود يحصل بالأكل ، وتبدل الاجتهاد قبل حصول الأكل ، فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء . [الهداية وشروحها : ١٧٧/٨]

قال ابن عابدين [٤٦٧/٦] : والحاصل أن الإمام حكم بجهل الكلب مستندا ، وهما بالاعتصار على ما أكل ، والأول أقرب إلى الاحتياط ، وهو الصحيح .

٣ — وأما مالك رحمه الله تعالى فالظاهر أن حجته في ذلك قول الصحابي : وذلك ما رواه في الموطأ [٤٩٢/٢ — ٤٩٣] : عن نافع ، عن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه كان يقول في الكلب المعلم : كل ما أمسك عليك إن قتل وإن لم يقتل .

وعن مالك أنه سمع نافعا يقول : قال عبد الله بن عمر : وإن أكل وإن لم يأكل .

وعن مالك : أنه بلغه عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه : أنه سئل عن الكلب المعلم إذا قتل الصيد ؟ فقال : كل وإن لم تبقى إلا بضعة واحدة .



الباب الرابع في العرف وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : العرف

الفصل الثاني : أثر العرف

الفصل الأول العرف

تعريفه وتحرير معناه لدى الأصوليين .

اقسامه .

الاحتجاج بالعرف :

- اقوال المذاهب من كتب الأصول

- أمثلة تطبيقية من كتب الفروع

- وجوه الاختلاف بين المذاهب في اعتبار العرف

- شرائط اعتبار العرف

- الدليل الشرعي على اعتباره

تعريف :

العرف في أصل اللغة بمعنى المعرفة ، ثم استعمل بمعنى : الشيء المألوف المستحسن ، الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول^(١) .

وفي اصطلاح الأصوليين :

١ - هو : ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول^(٢) .

قال الشيخ أبو سنة في شرح هذا التعريف [العرف والعادة : ٨] : يعني هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته ، وتحقق في قراراتها وألفته ، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة .

وقال : وإنما يحصل استقرار الشيء في النفوس ، وقبول الطباع له ، بالاستعمال الشائع المتكرر ، الصادر عن الميل والرغبة * هـ

٢ - وعرف أيضا بأنه : عادة جمهور قوم في قول أو فعل .

ذكر هذا التعريف صاحب المدخل الفقهي العام [٨٣١/١] وقال : وقد وضعنا هذا التعريف مستوحى من التعاريف والشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون ، وتحريثا فيه أن يكون كاشفا عن حقيقة العرف في نظر الفقهاء بأوضح صورة ، وبأدق الحدود * هـ

(١) قال في اللسان : والعرف والعارفة والمعروف واحد ، ضد النكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه . (مادة عرف) .

(٢) قد ذكر هذا التعريف كثير من الأصوليين نقلا عن المستصفي ، وبعضهم ذكر أنه مستصفي الغزالي . والاستاذ أبو سنة نقله عن المستصفي لعبد الله بن أحمد النسفي . ولعله هو الصحيح ، حيث إنني لم أجده في المستصفي للغزالي ، والله أعلم .

العرف والعادة :

هذا ومن الجدير بالذكر : أن الأصوليين كثيرا ما يستعملون العادة والعرف بمعنى واحد ، لأن مؤداهما واحد . ولذا عرفها صاحب المستصفى بما عرف به العرف فقال : العرف والعادة ما استقر ٠٠٠ الخ . [العرف والعادة : ١٢ - ١٣]

وقال ابن عابدين [نشر العرف : ٣] : العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق ، وإن اختلفا من حيث المفهوم .

وقال الشيخ أبو زهرة [مالك : ٤٢٠] : وإذا اعتادت الجماعة أمرا صار عرفا لها ، فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى ، وإن اختلف مفهومهما ، فهما متلاقيان فيما يختص بالجماعات .

وقال الأستاذ خلاف [مصادر التشريع الإسلامي : ١٤٥] : والعرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد^(١) .

تحرير المراد بالعرف لدى بحث الأصوليين :

لا بد لنا - قبل البحث في الاحتجاج بالعرف والعمل به لدى الفقهاء - من أن نحرر القول فيما يمكن أن يكون مجالا للبحث في هذا ، وما هو مراد الأصوليين بالعرف عندما يبحثونه ؟ فنقول :

١ - إن ما تعارف عليه الناس : إذا كان هو بعينه حكما شرعيا ، وقد نص عليه الشارع وبينه إيجابا أو تحريما - سواء أوجده الشرع ابتداء ، أو كان متعارفا بين الناس فدعا إليه وأكدته - إن هذا النوع من العرف لا خلاف بين الفقهاء في وجوب العمل به ، وأن أحكامه ثابتة لا تتغير ولا تتبدل باختلاف الأزمان والأمصار ، لأنها أحكام شرعية مستمرة لا يلحقها تغيير ولا تبديل ، إذ إن تغييرها وتبديلها نسخ لها ، ولا نسخ بعد موت رسول الله ﷺ .

(١) ولتحقيق العلاقة بين العرف والعادة انظر : المدخل الفقهي العام :

٨٢٩/١ - ٨٣٤ ، العرف والعادة : ٧ - ١٣ .

وقد نص الشاطبي على هذا عند تقسيمه العوائد إلى شرعية وأخرى جارية بين الخلق فقال [الموافقات : ٢٨٣/٢] :

فأما الأول : فتأبأت أبدا كسائر الأمور الشرعية ، كما قالوا في سلب العبد أهلية الشهادة ، وفي الأمر بإزالة النجاسات ، وطهارة التأهب للمناجاة ، وستر العورات ، والنهي عن الطواف بالبيت على العري ، وما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس ، إما حسنة عند الشارع أو قبيحة ، فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع ، فلا تبدل لها ، وإن اختلف آراء المكلفين فيها ، فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحا ، ولا القبيح حسنا ، حتى يقال مثلا : إن قبول شهادة العبد لا تأباه محاسن العادات الآن فلنجزه ، أو إن كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح فلنجزه ، أو غير ذلك ، إذ لو صح مثل هذا لكان نسخا للأحكام المستقرة المستمرة ، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل ، فرفع العوائد الشرعية باطل .

وقد أشار السيوطي أيضا إلى ذلك ، عند الكلام عن تعارض العرف مع الشرع ، فقال [الأشباه والنظائر : ١٠٣] :

والثاني : أن يتعلق به — أي بالاستعمال الشرعي — حكم ، فيقدم على عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يصلي ، لم يحث إلا بذات الركوع والسجود ، أو لا يصوم : لم يحث بمطلق الإمساك ، أو لا ينكح : حث بالعقد لا بالوطء . هـ

فمؤدى كلام الشاطبي والسيوطي : أن العرف الشرعي إذا كان فيه حكم شرعي وجب العمل به ، ولا يمكن أن يغيره شيء مهما اختلفت الأمصار والأزمان (١) .

٢ — وهذا يؤخذ من الكلام السابق : أن ما يتعارفه الناس إذا كان فيه أخذ بأمر نص الشارع على تحريمه نصا قاطعا ، أو كان فيه إهمال واجب ثبت بنص لا يقبل التخصيص ، فإن هذا النوع من العرف لا يحترم ، ولا يؤخذ به ، ولا يجوز اعتباره بإجماع الفقهاء ، بل هو — كما قال الشيخ أبو زهرة [مالك : ٤٢١] —

(١) انظر : ضوابط المصلحة : ٢٨١ — ٢٨٦ ، مالك : ٤٢١ .

فساد عام يجب التعاون على القضاء عليه ، ويكون ذلك من قبيل التعاون على البر والتقوى ، والسكوت عنه سكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والرضا به تعاون على الإثم والعدوان • هـ

ويسمى هذا النوع من العرف بالعرف الفاسد ، قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف [مصادر التشريع الإسلامي : ١٤٦ - ١٤٧] : والعرف الفاسد : هو ما يتعارفه الناس مما يخالف الشرع ، أو يجلب ضررا ، أو يفوت نفعاً ، كتعارفهم بعض العقود الربوية ، أو بعض العادات المستنكرة •

وقال : وأما العرف الفاسد - أي المخالف لأصل شرعي ، أو حكم ثابت بالنص - فلا يراعيه المجتهد في اجتهاده وفتواه ، ولا القاضي في قضائه • هـ

والذي ذكرته - من الاتفاق على العمل بالعرف الشرعي المنصوص عليه ، والإجماع على ترك العرف المخالف له - يدل عليه كلام جميع من تكلم عن العرف من الأصوليين والفقهاء قديما وحديثا •

قال ابن عابدين [نشر العرف : ٤] : إذا خالف العرف الدليل الشرعي ، فإن خالفه من كل وجه - بأن لزم منه ترك النص - فلا شك في رده ، كتعارف الناس كثيرا من المحرمات : من الربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب ، وغير ذلك مما ورد تحريمه نصا •

وقال : لا اعتبار للعرف المخالف للنص ، لأن العرف قد يكون على باطل ، بخلاف النص ، كما قاله ابن الهمام ، وقد قال في الأشباه : العرف غير معتبر في المنصوص عليه •

وقال - نقلا عن الظهيرية - : لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر^(١) •

٣ - وبهذا يتحرر لدينا أن مجال البحث ليس في هذين النوعين من العرف ، وإنما هو في نوع ما يتعارفه الناس ويجري بينهم ، من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام ، وما يتواضعون عليه من الأعمال ، ويعتادونه من شؤون المعاملات ، مما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي •

(١) وانظر [أبو حنيفة : ٣٥١] الأشباه : الظهيرية •

اقسام العرف :

يذكر الأصوليون أن العرف ينقسم إلى أقسام عدة ، وذلك بالنظر إلى سببه ومتعلقه ، أو إلى من يصدر عنه ، أو باعتبار المعنى اللغوي •

ونظرا لهذه الاعتبارات ينقسم العرف إلى التقسيمات التالية :

١ - من حيث سببه ومتعلقه :

ينقسم العرف بهذا الاعتبار إلى عرف لفظي وعرف عملي :

أ - فالعرف اللفظي (القولي) : هو ما كان موضوعه استعمال بعض الألفاظ في معان تعارف الناس على استعمالها فيها ، وذلك كأن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين ، بحيث يصبح هذا المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية ، ولا يتبادر إلى الأذهان عند سماع هذه الألفاظ أو التراكيب إلا هذا المعنى • وأمثلة ذلك :

— استعمال لفظ الدراهم بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها ، فإذا أطلقت كان المراد بها النقد الغالب في البلدة ، مع أنها في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين •

— واستعمال لفظ البيت في بعض البلدان بمعنى الغرفة ، وفي بعضها بمعنى الدار بكاملها •

ب - والعرف العملي : هو ما كان موضوعه بعض الأعمال التي اعتادها الناس في أفعالهم العادية ، أو معاملاتهم المدنية ، وبكلمة أخرى : هو ما جرى عليه العمل • وأمثلة ذلك :

— اعتياد الناس في بعض الأماكن أن يأكلوا نوعا خاصا من اللحوم كالضأن ، أو نوعا خاصا من الحبوب كالبر •

— تعارف الناس في عقد الزواج : أن المسمى من المهر عند العقد ، والذي

يدفع معجلاً ، إنما هو قسم من كامل المهر - نصفه أو ثلثاه حسب التعامل - وأن الباقي يكون مؤجلاً إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق (١) .

وقد ذكر الشاطبي هذين النوعين من العرف ، عند ذكره أنواع العوائد المتبدلة ، فقال [الموافقات : ٢ / ٢٨٤] :

- ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد ، فتصرف العبارة عن معنى إلى معنى عبارة أخرى : إما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم ، أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة ، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور ، أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال في بعض المعاني ، حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما ، وقد كان يفهم منه قبل ذلك شيء آخر ، أو كان مشتركاً فاختص ، وما أشبه ذلك . وقال :

- ومنها : ما يختلف في الأفعال في المعاملات ونحوها ، كما إذا كانت العادة في النكاح : قبض الصداق قبل الدخول ، أو في البيع الفلاني : أن يكون بالنقد لا بالنسيئة ، أو بالعكس ، أو إلى أجل كذا دون غيره . هـ .

٢ - باعتبار من يصدر عنه : وينقسم بهذا الاعتبار إلى :

أ - العرف العام : وهو كما قال ابن عابدين [نشر العرف : ٤] : ما تعامله عامة أهل البلاد ، سواء أكان قديماً أو حديثاً . هـ أي هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور .

- وذلك : كالاستصناع : في كثير من الحاجات واللوازم ، من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها ، فإن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان ، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان .

- وكذلك : تعارف استعمال لفظ الطلاق في إزالة الزوجية .

(١) انظر : المدخل الفقهي العام : ٨٣٥/١ - ٨٣٨ ، نشر العرف : ٣ ، العرف والعادة : ١٧ - ١٩ .

ب - العرف الخاص : وهو الذي لم يتعامله أهل البلاد جميعا ، وإنما كان مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر ، أو بين فئة من الناس دون أخرى . ومثاله :

- عرف التجار فيما يعد عيبا ينقص الثمن في البضاعة المباعة أو لا يعد عيبا .
- عرف أهل العراق في إطلاق لفظ الدابة على الفرس (١) .

ج - العرف الشرعي : وهو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدا منه معنى خاصا . ومثال ذلك :

- الصلاة ، فإنها في الأصل الدعاء ، واستعملها الشارع مريدا بها العبادة المخصوصة ، ذات الركوع والسجود .
- الحج ، فإنه في أصل اللغة القصد ، واستعمله الشارع في زيارة الكعبة في أشهر معلومة ، وبأفعال مخصوصة (٢) .

٣ - باعتبار المعنى اللغوي : ينقسم إلى مقرر له وقاض عليه :

أي مقرر للمعنى اللغوي : وهو ما طابق معناه المعنى اللغوي ، وقاض عليه : وهو ما غيره بتخصيص أو تقييد أو إبطال .

ذكر هذا التقسيم الأستاذ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٠ - ٢١] وقال : وقد استنبط هذا التقسيم من كلام الفقهاء .

ومثاله : البنفسج والورد : المعنى اللغوي لكل منهما : هو الورق ذو الرائحة ، والمعنى العرفي للبنفسج هو الدهن ، وللورد هو الورق ذو الرائحة ، فلما طابق المعنى العرفي المعنى اللغوي في الورد سموه عرفا مقورا ، ولما تغير عنه في البنفسج سموه قاضيا على اللفظ .

(١) المدخل الفقهي العام : ٨٣٨/١ - ٨٤٠ ، العرف والعادة : ١٩ - ٢٠ .

(٢) العرف والعادة : ٢٠ ، وانظر نشر العرف : ٣ .

تقسيم الشاطبي :

قسم الشاطبي رحمه الله تعالى العوائد باعتبار من تصدر عنه إلى : عوائد شرعية ، وعوائد جارية بين الخلق • فقال في الموافقات [٢/٢٨٣] :

العوائد المستمرة ضربان :

— أحدهما : العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ، ومعنى ذلك : أن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو ندبا ، أو نهى عنها كراهة أو تحريما ، أو أذن فيها فعلا وتركها •

والضرب الثاني : هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي • هـ

وقسمها أيضا باعتبار وقوعها في الوجود إلى : عوائد ثابتة ، وعوائد متبدلة فقال [الموافقات : ٢/٢٩٧] : العوائد أيضا ضربان بالنسبة إلى وقوعها في الوجود :

أحدهما : العوائد العامة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال ، كالأكل والشرب ، والفرح ، والحزن والنوم واليقظة ، والميل إلى الملائم والنفور عن المنافر ، وتناول الطيبات والمستلذات ، واجتناب المؤلمات والخبائث ، وما أشبه ذلك •

والثاني : العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال ، كهيئات اللباس والمسكن ، واللين في الشدة ، والشدة فيه ، والبطء ، والسرعة في الأمور والأناة والاستعجال ، وما كان نحو ذلك • هـ

والظاهر أن هذا التقسيم إلى : عوائد لا تختلف وعوائد تختلف ، إنما هو للضرب الثاني من التقسيم الأول ، وهو العوائد الجارية بين الخلق •

الاحتجاج بالعرف

الظاهر أن المذاهب الفقهية متفقة على اعتبار العرف - بالمعنى الذي حررناه - على وجه الإجمال ، وإن كان بينها شيء من التفاوت في حدود هذا الاعتبار ومداه .
قال الشيخ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٣] : اعتبر الفقهاء - على اختلاف مذاهبهم - العرف ، وجعلوه أصلاً يبنى عليه شطر عظيم من أحكام الفقه^(١) .
وذكر الشيخ أبو زهرة في كتابه أبو حنيفة [٣٥٠] عن سهل بن مزاحم قوله : كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح ، والنظر في معاملات الناس ، وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم ، يمضي الأمور على القياس ، فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان ما دام يمضي له ، فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون . ثم قال أبو زهرة : وفي الجملة : إن ذلك النص يدل على أنه يأخذ بالعرف مصدراً من مصادر الاستنباط ، وأصلاً من الأصول يرجع إليه إن لم يكن سواه .

وقال في كتابه مالك [٤٢٠] : والفقه المالكي كالفقه الحنفي ، يأخذ بالعرف ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية ، فيما لا يكون فيه نص قطعي .
وقال : ويظهر أن الشافعية أيضاً يحترمون العرف إذا لم يكن نص . هـ
وهذا الذي ذكرناه ، وقرره الأستاذان الجليلان ، تدل عليه نصوص كتب أصول المذاهب على اختلافها ، وإليك بعض هذه النصوص :

١ - قال الشاطبي في الموافقات [٢٨٤/٢ ، ٢٨٦] بعد تقسيمه العادات إلى شرعية وجارية بين الخلق : وأما الثاني : فقد تكون العوائد ثابتة وقد تبدل ، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها .

(١) وانظر المدخل الفقهي العام : ١١٠/١ .

وقال أيضا : العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعا ، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية ، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعا : أمرا أو نهيا أو إذنا ، أم لا .

٢ - ولقد عقد ابن القيم في كتابه [إعلام الموقعين : ٣ / ٨٩] فصلا بعنوان : تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد . وساق أمثلة كثيرة على ذلك ، ثم قال في نهاية الفصل - بعد تقريره مذهب المالكية بالقول بالعرف - وهذا محض الفقه ، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب ، على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمntهم وأمكتتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم ، فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم ، على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمntهم وطبائعهم ، بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم ، بل هذا الطبيب الجاهل ، وهذا المفتي الجاهل ، أضر ما على أديان الناس وأبدانهم ، والله المستعان .

٣ - وقال ابن عابدين [نشر العرف : ٣] : واعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل كثيرة ، حتى جعلوا ذلك أصلا ، فقالوا في الأصول ، في باب ما تترك به الحقيقة : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ، هكذا ذكر فخر الإسلام ، انتهى كلام الأشباه ، وفي شرح الأشباه للبيري : قال في المشرع : الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وفي المبسوط : الثابت بالعرف كالثابت بالنص . ه .

٤ - وقال السيوطي في الأشباه والنظائر [٩٩ - ١٠٩] : اعلم أن اعتبار العادة والعرف ، رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة .

وقال : قال الإمام في باب الأصول والثمار : كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم ، ومضمره كالمذكور صريحا ، وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف .

وقال : قال الرافعي : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .

وقال : قال ابن عبد السلام : قاعدة الأيمان البناء على العرف إذا لم يضرب ، فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة .

وقال أيضا : قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف . هـ

فهذه النصوص — ومثلها كثير — تدل على اتفاق المذاهب جملة على اعتبار العرف .

أمثلة تطبيقية لدى المذاهب :

إن المتتبع لكتب المذاهب في الفروع يستطيع أن يتبين بسهولة كثرة المسائل التي يبنونها على مقتضى العرف ، مما يجعله يجزم أن الفقهاء جميعهم قد اعتبروا العرف على وجه الإجمال كما ذكرنا . وإليك بعض الأمثلة — على سبيل المثال لا الحصر — كما نصت عليها كتب المذاهب :

في الفقه الحنفي :

١ — في عقد البيع :

أ — إذا أطلق الثمن حمل على المتعارف : قال في الهداية : ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد ، لأنه المتعارف ، وفيه التحري للجواز ، فيصرف إليه . هـ

والمراد بتحري الجواز : تصحيح العقد حتى لا يهدر كلام العاقل .

ب — ما يدخل في بيع الدار : قال في الهداية : ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه ، لأن اسم الدار يتناول العرصه والبناء في العرف .

ج — بيع الثمر بشرط البقاء على الشجر : هذا العقد فاسد عند أبي حنيفة وأصحابه ، لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، وفيه شغل ملك الغير ، وأجازه محمد رحمه الله تعالى فيما تناهى عظمه من الثمر ، لجريان العرف في ذلك .

قال في الهداية : ومن باع ثمرة — لم يبد صلاحها ، أو قد بدا — جاز البيع . . . ، وعلى المشتري قطعها في الحال ، وإن شرط تركها على النخل فسد البيع ، قال : وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا — واستحسنه محمد رحمه الله تعالى للعادة . قال في الفتح : وجه قول محمد في المنتاهي :

الاستحسان بالتعامل ، لأنهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى عظمه ، فهو شرط يقتضيه العقد •

د - العيب الذي يرد به المبيع : من المقرر شرعا أن المبيع يرد بالعيب ، ولكنه لا يرد بكل عيب ، والمرجع في معرفة العيب الذي يرد به أولا يرد إنما هو العرف • قال في الهداية : وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب ، لأن التضرر بنقصان المالية ، وذلك بانتقاص القيمة ، والمرجع في معرفته عرف أهله^(١) •

٢ - في زرع الأرض المفضوبة :

إذا غصب إنسان أرضا وزرعها بغير إذن صاحبها ، فهل تكون مزارعة صحيحة أو فاسدة ؟ يرجع في ذلك إلى العرف •

قال في الدر المختار [١٩٥/٦] : ولو زرعها يعتبر العرف • قال ابن عابدين : قال في الذخيرة : قالوا إن كانت الأرض معدة للزراعة ، بأن كانت الأرض في قرية اعتاد أهلها زراعة أرض الغير ، وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه ، ويدفع أرضه مزارعة ، فذلك عن المزارعة ، ولصاحب الأرض أن يطالب بحصة الدهقان^(٢) على ما هو متعارف أهل القرية : النصف ، أو الربع ، أو ما أشبه ذلك •

٣ - ما يجوز للمضارب فعله :

يجوز للمضارب أن يتصرف بكل ما جرت به العادة بين التجار ، ومن ذلك البيع نقدا ونسيئة • قال في الهداية : ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة ، لأن كل ذلك من صنيع التجار ، فينتظمه إطلاق العقد ، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه ، لأن له الأمر العام المعروف بين الناس •

٤ - في الإجارة :

هناك مسائل عدة يرجع فيها - لمعرفة ما على الأجير أن يفعله ، أو لمعرفة المنفعة المستحقة - إلى العرف ، منها :

(١) الهداية وشروحها : ٨٤/٥ ، ٩٧ ، ١٠٢ - ١٠٣ ، ١٥٣ •

(٢) الدهقان : بضم الدال وكسرهما ، معرب ، يطلق على رئيس القرية ، وعلى التاجر ، وعلى من له مال وعقار • (المصباح) •

أ - من استؤجر ليطبخ للوليمة : قال في الهداية : ومن استأجر طبّاخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالعرف عليه ، اعتباراً للعرف .

ب - من استؤجر لضرب اللبن : قال في الهداية : ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يستحقها حتى يشرّجها^(١) ، لأن التشريح من تمام عمله ، إذ لا يؤمن من الفساد قبله ، فصار كإخراج الخبز من التنور ، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفاً ، وهو المعتبر فيما لم ينص عليه .

ج - استئجار الدور دون بيان العمل : قال في الهداية : ويجوز استئجار الدور والحوائيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى ، فينصرف إليه .

د - ما يجب فعله على الموضع : إذا استؤجرت المرأة للإرضاع ، فماذا عليها أن تفعل من إصلاح شؤون الرضيع ؟ يرجع في ذلك إلى العرف . قال : في الهداية : وعليها أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها ، والحاصل أنه يعتبر فيما لانص عليه العرف في مثل هذا الباب ، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر^(٢) ، وأما الطعام فعلى والد الولد ، وما ذكر محمد : أن الدهن والريحان على الظئر ، فذلك من عادة أهل الكوفة^(٣) .

هـ - في الأيمان :

ذكر في الدر المختار [٧٤٣/٣] : أن الأصل في الأيمان عند الحنفية أنها مبنية على العرف . قال ابن عابدين : لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفي ، أعني الألفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف ، كما أن العربي - حال كونه بين أهل اللغة - إنما يتكلم بالحقائق اللغوية ، فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ما عهد أنه المراد بها . هـ [وانظر فتح القدير : ٢٩/٤]

(١) يشرجها : ينضدها ويضم بعضها إلى بعض . (المصباح) .

(٢) الظئر في أصل اللغة : الناقة تعطف على ولد غيرها ، ومنه قيل للمرأة الأجنبية التي تحضن ولد غيرها ظئر (مصباح) .

(٣) الهداية ٧٩/٧ ، ١٦٢ ، ١٦٤ ، ١٨٧ .

والأمثلة على ذلك في هذا الباب كثيرة نذكر بعضها منها :

أ - الحلف بصفات الله تعالى : قال في الهداية : واليمين بالله تعالى ، أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم ، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً ، كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف ، وقال : إلا قوله : وعلم الله ، فإنه لا يكون يمينا ، لأنه غير متعارف •

ب - ما يجوز كسوة في كفارة اليمين : قال في بداية المبتدي : وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد ، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة • قال في الهداية : المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أن أدناه ما يستر عامة بدنه ، حتى لا يجوز السراويل ، وهو الصحيح ، لأن لابسَه يسمى عرياناً في العرف •

ج - الحلف على السكنى والأكل والشرب :

- قال في الهداية : ومن حلف لا يسكن هذه الدار ، فخرج بنفسه ، ومتاعه وأهله فيها ، ولم يرد الرجوع إليها حنث ، لأنه يعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً •

- وقال : ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة ، وقالوا : إن أكل من خبزها حنث أيضاً ، لأنه مفهوم منه عرفاً •

- وقال : ومن حلف لا يشرب من دجلة ، فشرب منها بإناء لم يحنث ، حتى يكرع منها كرعاً عند أبي حنيفة ، وقالوا : إذا شرب منها بإناء يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم (١) • هـ

والنصوص في ذلك كثيرة كما قلت ، والحقيقة أن كثرة المسائل المبنية على العرف لدى الحنفية تعادل كثرة المسائل المبنية على الاستحسان أو تزويد ، كما يظهر من تتبع الفروع الفقهية في المذهب •

(١) الهداية : ٨/٤ - ١٨٠٩ - ١٩٠٣٦٠٥٠٠٥٨ •

في الفقه المالكي :

أ - بيع الغرر (البيع على البرنامج)^(١) : من المقرر فقهاً أن يبيع الغرر غير جائزة ، لما ورد أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر .
[مسلم : ١١٥٣/٣ ، ابن ماجه : ٧٣٩/٣] .

ومن الغرر أن يكون المبيع مغبياً داخل ظرف ، واستثنى مالك رحمه الله تعالى من ذلك : ما إذا ذكرت أوصاف المبيع ، ثم وجدت موافقة لما ذكر . وسمى هذا النوع من البيع : البيع على البرنامج ، وحكم بصحته ، وأنه لازم للمشتري ، وعمدته في ذلك تعارف الناس عليه .

جاء في الموطأ [٦٧٠/٢] : قال مالك : في الرجل يقدم له أصناف من البز ، ويحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجهم ، ويقول : في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا ربيعة سابرية ذرعها كذا وكذا ، ويسمي لهم أصنافاً من البز بأجناسه ، ويقول : اشترؤا مني على هذه الصفة ، فيشترون الأعدال على ما وصف لهم ، ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون . قال مالك : ذلك لازم لهم ، إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه^(٢) .

وقال محتجاً لهذا في نهي الغرر [٦٦٧/٢] : وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه ، والثوب في طيه ، وما أشبه ذلك . فرق بين ذلك الأمر المعمول به ، ومعرفة ذلك في صدور الناس ، وما مضى من عمل فيه ، وأنه لم يزل من يبيع الناس الجائزة ، والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأساً ، لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير ثبوت لا يراد به الغرر ، وليس يشبه الملامسة^(٣) .

(١) البرنامج ورقة يكتب عليها ما في الظرف أو العدل .

(٢) البز : الثياب . السوام : جمع سائم وهو من يطلب بيع السلعة أو يعرضها للبيع . ملحفة : ملاء يلتف بها . بصرية : نسبة إلى البصرة البلدة المعروفة في العراق . ربيعة : ملاء من قطعة واحدة ، أو هي كل ثوب رقيق . سابرية : نسبة إلى سابور من بلاد فارس . ذرعها : قياسها . فيستغلونها : يستكثرون ثمنها .

(٣) الساج : ثوب بشكل معين كان معروفاً لديهم . جرابه : وعائه الموضوع فيه . الملامسة : هي أن يقول : إذا لمست ثوبي ولمست ثوبك فقد وجب البيع بيننا بكذا .

٢ - توزيع الربح في المضاربة : إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الربح المتفق عليه لكل منهما يرجع في ذلك إلى العرف ، ويكون القول قول العامل مع يمينه إن جرى عرف بمثل ما يدعيه .

جاء في الموطأ [٧٠١/٢] : قال مالك : في رجل دفع إلى رجل مالا قراضا ، فربح فيه ربحا ، فقال العامل : قارضتك على أن لي الثلثين ، وقال صاحب المال : قارضتك على أن لك الثلث . قال مالك : القول قول العامل ، وعليه في ذلك اليمين ، إذا كان ما قال يشبه قراض مثله ، وكان ذلك تحوا مما يتقارض عليه الناس ، وإن جاء بأمر يستنكر ليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ، ورد إلى قراض مثله .

٣ - الحرز في السرقة : يرجع فيه إلى ما اعتاده الناس في الحفظ ، قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٤٤٠/٢] : والحرز عند مالك بالمجمل هو : كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه .

٤ - وجوب الرضاع على الزوجة : فإن مذهب مالك رحمه الله تعالى : أن الرضاع يجب على الزوجة الدنيئة ، ولا يجب على الشريفة ، وعمدته في ذلك العرف . قال ابن رشد : [بداية المجتهد : ٥٦/٢] : وأما حقوق الزوج على الزوجة : بالرضاع ، وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك ، وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ، وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق ، وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك . وقال : وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة .

في الفقه الشافعي :

١ - الحرز في السرقة :

اعتمد الشافعي رحمه الله تعالى في تحديد الحرز - الذي يعتبر شرطا في قطع يد السارق - على العرف .

قال في الأم [١٣٥/٦ - ١٣٦] : وأظن إلى المسروق : فإن كان في الموضع الذي سرق فيه تنسبه العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فأقطع فيه ، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه •

وقال : وأظن إلى متاع السوق ، فإذا ضم بعضه إلى بعض في موضع بيعاته ، وربط بحبل ، أو جعل الطعام في خيش وخيط عليه ، فسرق - أي هذا أحرز به - فأقطع فيه ، لأن الناس مع شحهم على أموالهم هكذا يحرزونه •

وقال : إلا أن الأحرار تختلف ، فيحرز بكل ما يكون العامة تحرز بمثله ، والحوائط^(١) ليست بحرز للنخل ولا للثمرة ، لأن أكثرها مباح يدخل من جوانبه ، فمن سرق من حائط شيئا من ثمر معلق لم يقطع ، فإذا أواه الجرين^(٢) قطع فيه ، وذلك أن الذي تعرفه العامة عندنا أن الجرين حرز ، وأذا الحائط غير حرز •

٢ - حمل العام والمطلق على العرف :

فقد عقد ابن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام [١٢٦/٢] فصلا تحت عنوان (تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما) وذكر لذلك أمثلة تنوف عن العشرين ، أذكر لك بعضها منها :

أ - حفظ الودائع والأمانات : إنما يحفظ كل شيء فيما جرى العرف بحفظه فيه ، فإذا حفظت في غيره كانت مضمونة •

قال : المثال الخامس : جعل الودائع والأمانات على حرز مثلها ، فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بأحرار الثياب والأحطاب ، تنزيلا للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرز مثلها •

(١) جمع حائط وهو البستان .

(٢) الجرين : البيدر الذي يداس فيه الحب ، والموضع الذي تجفف فيه الثمار .

ب - إجارة وسائل النقل : فإنه يحمل على المعتاد من المسافة والأماكن ، وكذلك ما يحق للمستأجر تحميله فيما إذا كان الاستئجار للسفر ، أو لتنقل داخل البلد .

قال : وكذلك حمل إجارة الدواب على السير المعتاد ، والمنازل المعتادة . وكذلك دخول حمل الأمتعة والبسط وأواني الطعام والشراب في الإجارة على الدواب ، إذا استؤجرت للركوب في الأسفار ، لا طراد العرف بذلك ، بخلاف مالهو استؤجرت للتردد في القرى والأمصار .

ج - استصناع الصناع دون شرط الأجرة : الأصل في الإجارة : أن تذكر المنفعة والأجرة عند العقد ، فإذا لم تذكر الأجرة وقام الأجير بالعمل ، اعتبر متبرعا ولم يستحق الأجرة . وإنما جرت العادة في بعض الصناعات - كالحلاقين - أن لا يذكر الأجر عند الاستئجار ، مع جريان العادة أن هؤلاء الصناع لا يعملون إلا بأجر ، ولذلك يستحق هؤلاء الأجر ولو لم يذكر عند الاستئجار .

قال : المثال الثامن : استصناع الصناع ، الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة ، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة ، كالدلال والحلاق والفاصد والحجام والنجار والحمال والقصار ، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة ، لدلالة العرف على ذلك .

٣ - في الإيمان :

السّمك لا يسمى لحما عرفا ، فلو حلف إنسان أن لا يأكل لحما فأكل سمكا لم يحنث ، وكذلك كل لفظ عرف بمعنى إنما يحمل عليه .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر [١٠٣] عند الكلام عن تعارض العرف مع تسمية الشرع : أحدهما : أن لا يتعلق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال . فلو حلف : لا يأكل لحما لم يحنث بالسّمك وإن سماه الله لحما ، أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج ، لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن

سماها الله بساطا ، ولا تحت سماء وإن سماها الله سقفا ، ولا في الشمس وإن سماها الله سراجا ، أو لا يضع رأسه على وتد لم يحث بوضعها على جبل ، أو لا يأكل ميتة أو دما لم يحث بالسك والجراد والكبد والطحال . فقدم العرف في جميع ذلك ، لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف .

٤ - ضمان ما تلفه الدواب :

الحكم المقرر لدى الشافعية أن ما تلفته الدواب من الزروع ليلا مضمون على صاحبها ، وما تلفته نهارا غير مضمون . وعمدتهم في هذا الحديث الذي ورد في هذا ، قالوا : وهو وارد على وفق العادة ، ولذا لو تغيرت العادة تغير الحكم .

قال في مغني المحتاج [٤/٢٠٦] : وإن كانت الدابة وحدها فأتلفت زرعاً أو غيره نهاراً لم يضمن صاحبها ، أو ليلاً ضمن ، لتقصيره بإرسالها ليلاً ، بخلافه نهاراً . للخبر الصحيح في ذلك ، رواه أبو داود^(١) وغيره ، وهو على وفق العادة في حفظ الزرع ونحوه نهاراً والدابة ليلاً .

وقال : ولو تعود أهل البلد إرسال البهائم أو حفظ الزرع ليلاً دون النهار انعكس الحكم ، فيضمن مرسلها ما أتلفته نهاراً دون الليل ، اتباعاً لمعنى الخبر والعادة ، ومن ذلك يؤخذ ما بحثه البلقيني : أنه لو جرت عادة بحفظها ليلاً ونهاراً ضمن مرسلها ما أتلفت مطلقاً .

في الفقه الحنبلي :

١ - البيع بالمعاطاة :

قال ابن قدامة [المغني : ٤٨١/٣] : المعاطاة : مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً ، فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار ، فيأخذه ،

(١) هو ما أخرجه أبو داود في سننه : أن ناقة للبراء بن عازب رضي الله عنه دخلت حائط رجل فافسدت عليه ، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل . (٢/٢٦٧) .

فهذا بيع صحيح • نص عليه أحمد فيمن قال لخباز : كيف تبيع الخبز ؟ قال : كذا بدرهم ، قال : زنه وتصدق به ، فإذا وزنه فهو عليه • هـ

وقال في الاستدلال لصحة هذا البيع : ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض والإحراز والفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاما ، وأبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم •

ب - استحقاق الأجر دون شرط :

قال ابن قدامة [المغني : ٤١٥/٥] : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ، ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر - مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله ، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر - وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ، ففعلا ذلك ، فلهما الأجر • هـ

والحجة في ذلك العرف • قال : ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول ، فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما ، أو جلس في سفينة مع ملاح • وقال : فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجرا ، إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به ، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد ، فصار كما لو تبرع به ، أو عمله بغير إذن مالكة •

د - اعتبار الصنعة في الكفاءة :

قال ابن قدامة [المغني : ٣٨/٧] : فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا : إحداهما أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة - كالحائك والحجام والكساح والدباغ والقيم والحمامي والزبال - فليس بكفاء لبنات ذوي المروءات ، أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتيجارة والبنية •

وقال في الاحتجاج لهذه الرواية : لأن ذلك نقص في عرف الناس ، فأشبه نقص النسب ، وقد جاء في الحديث : (العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا حائكا

أو حجاما) (١) قيل لأحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه . يعني : أنه ورد موافقا لأهل العرف . هـ

ويلاحظ هنا أن موافقة العرف للحديث يقويه — إذا كان ضعيفا — عند الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

هـ — الحرز في السرقة :

من شرط القطع في السرقة الأخذ من الحرز ، وليس في ذلك حد مقطوع به ، وإنما يرجع في ذلك إلى العرف . قال في المغني [١١١/٩] : والحرز ما عُدَّ حرزا في العرف ، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه ، علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف ، لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته فيرجع إليه .

و — في باب الإيمان :

إذا حلف لا يركب دابة أو لا يأكل رأسا لم يحنث إلا بركوب ما جرى العرف بركوبه من الدواب ، وإلا يأكل ما جرى العرف بأكله من الرؤوس .

قال ابن القيم [إعلام الموقعين : ٣/٦٢] : مما تتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة ، موجبات الإيمان والإقرار والندور وغيرها . فمن ذلك :

أن الحالف إذا حلف : لا ركبت دابة ، وكان في بلد عرفهم في لفظ الدابة الحمار خاصة ، اختصت يمينه به ، ولا يحنث بركوب القرس ولا الجمل .

وكذلك : إن كان الحالف ممن عاداته ركوب نوع خاص من الدواب — كالأمراء ومن جرى مجراهم — حملت يمينه على ما اعتاده من ركوب الدواب . فيفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ، ويفتى كل أحد بحسب عاداته .

(١) ذكر المحقق : أن الدارقطني قال في العلل : لا يصح . وقال ابن عبد البر : هذا منكر موضوع . هـ أقول : أخرج أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن أبا هند حرم النبي ﷺ فقال : (يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا إليه) . وقال : (وإن كان في شيء مما تداوون به خير فالحجامة) (٤٨٤/١) ، وظاهر هذا الحديث عدم اعتبار الصنعة في الكفاءة .

وكذلك : إذا حلف : لأأكل رأسا ، في بلد عاداتهم أكل رؤوس الضأن خاصة ، لم يحث بأكل رؤوس الطير والسك ونحوها ، وإن كان عاداتهم أكل رؤوس السمك حث بأكل رؤوسها . هـ

وهكذا بعد هذا العرض للمسائل الفقهية العديدة ، وذكر النصوص الفقهية لدى المذاهب الأربعة ، يتضح لدينا أن العرف معتبر - على الجملة - في بناء الأحكام الشرعية لدى الفقهاء جميعا . فإذا وجدنا اختلافا بينهم في بعض المسائل الفرعية ، المبنية على العرف ، فإنما يكون ذلك الاختلاف لا اختلافهم في بعض مسائله ومدى سلطانه ، أو لا خلاف العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه ، أو اطراد واضطرابه . كما سنرى عند الكلام عن المسائل الفرعية المترتبة على هذا الدليل ، وما انبنى على الخلاف فيه .

ولعل وجوه الاختلاف هذه ، هي السبب في اعتبار هذا الدليل الشرعي ، من الأدلة المختلف فيها لدى الأصوليين والفقهاء .

وجوه الاختلاف :

ذكرنا : أن الأئمة الأربعة قد اتفقوا على اعتبار العرف في بناء الأحكام الشرعية ، كما رأينا ذلك من خلال ما ذكروه من المسائل في كتبهم ، وهذا الاتفاق منهم على العمل بالعرف على وجه الإجمال لا على وجه التفصيل ، حيث وجدت مسائل فرعية كثيرة مبناها العرف ، ومع ذلك وجد لهم اختلاف فيها . وقد أشرنا إلى أن هذا الاختلاف : إما لاختلاف العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده ، أو لاضطراب العرف وعدم اطراد .

وذكرنا أيضاً أن هذا الخلاف قد يكون منشؤه أحيانا اختلافهم في بعض مسائل العرف ، وهذه بعض النقاط التي لها صلة بموضوع العرف ، ولم تكن محل وفاق بين الفقهاء .

١ - تعارض العرف واللغة :

١ - العرف القولي :

ذكر الأستاذ أبو سنة أن الأصوليين حكوا الاتفاق على أن العرف يخص العام ويقيّد المطلق ، وترك له حقيقة اللفظ إذا كان عرفاً قولياً^(١) ، وذكر أن الشافعية لم يتفقوا على هذا الرأي في كل الفروع ، ونقل ما ذكره السيوطي في الأشباه والنظائر تحت عنوان : فصل في تعارض العرف واللغة ، من أن في ذلك وجهين في المقدم منهما : أحدهما : وإليه ذهب القاضي حسين : الحقيقة اللفظية عملاً بالوضع اللغوي . والثاني : وعليه البغوي : الدلالة العرفية لأن العرف يحكم في التصرفات ، سيما في الأيمان .

ونقل عن الرافعي أنه قال : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .

وذكر السيوطي أمثلة : منها ما اعتبر فيه العرف ، ومنها ما قدمت فيه اللغة^(٢) .

أقول : ولعل خلافهم هذا إنما هو في العرف القولي إذا كان خاصاً ، فقد ذكر النووي ما يدل على اعتبار العرف العام مطلقاً ، حيث قال في المجموع [٣٣٦/١١] : فاعتبار العرف العام لاشك فيه في تقييد اللفظ المطلق ، كما لو قال : اشتر لي دابة ، لم يشتر إلا ذوات الأربع . هـ

وكذلك الأمر عند الجنبلة ، لم يكن العرف مقيداً ومخصصاً مطلقاً ، فقد ذكر ابن قدامة تفصيلاً في تعارض العرف واللغة خلاصته : أن الأسماء تنقسم أقساماً :

١ - ماله مسمى واحد : كالرجل والمرأة ، فينصرف اللفظ إلى مسماه .

٢ - ماله موضوع شرعي وموضوع لغوي : كالصلاة والصوم ، فيصرف اللفظ إلى المعنى الشرعي .

(١) انظر تبصرة الحكام ٥٧/٢ وما بعدها (باب القضاء بالعرف والعادة) .

(٢) انظر العرف والعادة : ٩٠ ، ١٢٢ ، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي :

٣ - ماله موضوع حقيقي ومجاز لم يشتهر : كالأسد والبحر ، فيصرف اللفظ إلى الحقيقة •

٤ - الأسماء العرفية : وهي أقسام :

أ - ما يغلب على الحقيقة بحيث لا يعلمها أكثر الناس - كالطعينة في العرف المرأة ، وفي الحقيقة الناقة التي يطعن عليها أي يسافر - فيصرف اللفظ إلى المجاز دون الحقيقة •

ب - ما يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم ، ويشتهر التخصيص بها - كالدابة للخيول والبغال والحمير - فيصرف اللفظ إلى ما اشتهر التخصيص به ، ويحتمل أن يتناول اللفظ الحقيقة ، كاللحم والبيت ، قد يتناول السمك والمسجد •

ج - أن يكون اللفظ والاسم عاماً ، لكن أضيف إليه فعل لم تجر العادة إلا في بعضه ، أو اشتهر في البعض دون البعض - كالرؤوس والبيض - فيصرف اللفظ إلى الاسم العام • [المعني : ٦٠٨/٩ - ٦١١] •

٢ - وأما العرف العملي :

فقد ذكر الأستاذ أبو سنة اتفاق الفقهاء على أنه يقضي على اللفظ المطلق ويقيده ويقدم عليه ، فقد قال : اتفق علماء اللغة والأصول على أن العرف القولي والعملي يقضيان على اللفظ إذا كان مطلقاً ، وذكر لذلك أمثلة •

وأما إذا كان اللفظ عاماً : فذكر أن الحنفية يقولون بتخصيص العرف للعام ، ويخالفهم في ذلك الجمهور ، وناقش أدلة القائلين والممانعين ، ورجح القول بتخصيص العرف للعام •

كما ناقش الأستاذ الفاضل : مذهب المالكية في تخصيص العام بالعرف ، ونقل عن فقهاءهم ما يؤكد العمل به ، حيث قال ، بعد ذكر قول القرافي في عدم التخصيص بالعرف : ولكن جمهور فقهاء المالكيين على أن العرف العملي يخصص ويقيّد ، قال شمس الدين الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٤٣ : وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً ، ونقل الوانوغني

عن الباجي : أنه صرح بأن العرف العملي يعتبر مخصصاً أيضاً . وفي القلشاني : لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء . ثم فصل مذهب الحنفية في ذلك (١) .

هذا ما ذكره الأستاذ الفاضل في تقييد المطلق وتخصيص العام بالعرف ، دون تفريق فيما : إذا كان العرف عاماً أو خاصاً والذي يؤخذ من كلام النووي : أن العرف العملي — إذا كان عاماً — قيد المطلق وخصص العام ، أما إذا كان خاصاً : فلا اعتبار به في تخصيص ولا تقييد .

قال في المجموع [٣٢٦ / ١١ ، ٣٢٧] : وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاماً ولا قيد مطلقاً ، كما إذا حلف لا يأكل خبزاً ، ولا يلبس ثوباً ، فيحث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان وإن كانت عادته أن لا يأكل إلا القمح ولا يلبس إلا الحرير . والمراد هنا العادة الخاصة .

ويوضح ذلك قوله : وأما العوائد الفعلية : فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروا لها أمثلة ، منها : تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب ، فإن هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع في ذلك إلى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ إلى العادة . هـ

هذا ما ذكره النووي ، والذي يفهم من كلام السيوطي في الأشباه والنظائر وما ساقه من أمثلة : أن العرف العملي الخاص إذا كان مستمراً مطرداً فالظاهر اعتباره كالعام في تقييد المطلق وتخصيص العام ، قال : إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاص . ثم ذكر فروعاً ، منها :

البطالة في المدارس ، سئل عنها ابن الصلاح فأجاب : بأن ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق ، حيث لا نص فيه من الواقف على اشتراط الاشتغال في المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلهما يمنع ، لأنه ليس فيها عرف مستمر ،

(١) العرف والعادة : ٩١ وما بعدها و ١٢٣ وما بعدها .

ولا وجود لها قطعاً في أكثر المدارس والأماكن ، فإن سبق بها عرف في بعض البلاد واشتهر غير مضطرب فيجري فيها في ذلك البلد الخلاف : في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العرف العام ؟ والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة .

قال : ومنها : المدارس الموقوفة على درس الحديث ، ولا يعلم مراد الواقف فيها ، هل يدرس فيها علم الحديث الذي هو معرفة المصطلح : كمختصر ابن الصلاح ونحوه ، أو يقرأ متن الحديث ؟ كالبخاري ومسلم ونحوهما ، ويتكلم على ما في الحديث من فقه وغريب ولغة ومشكل واختلاف ، كما هو عرف الناس الآن ، وهو شرط المدرسة الشيعونية كما رأيته في شرط واقفها ؟

وقد سأل شيخ الإسلام أبو الفضل بن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك ، فأجاب : بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، فإنهم يختلفون في الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث كالشيخ المدرس في بعض الأوقات بخلاف المصريين ، فإن العادة جرت بينهم في هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين ، بحسب ما يقرأ فيه من الحديث (١) .

ومن حصيلة كلام النووي والسيوطي يتلخص لدينا ان العرف العملي - إذا كان عاماً ، أو خاصاً مطرداً - قيد المطلق وخصص العام عند الشافعية أيضاً .

ومما يتعلق بمبحث تعارض اللغة والعرف موضوع الأيمان ، حيث اشتهر في أقوال الفقهاء أن الأيمان مبناها على العرف ، وما ذكرناه من خلاف في تعارض العرف واللغة ينطبق - على العموم - على ما يذكر من خلاف في بناء الأيمان على العرف (٢) .

على أنهم اجمعوا على أن النية لها تأثير في صرف اللفظ عن ظاهره في الأيمان .

قال الشافعي : وإنما جوابنا في هذه الأيمان كلها إذا حلف لانية له ، إنما خرجت منه بلانية ، فأما إن كانت اليمين بنية فاليمين على ما نوى .

(١) الأشباه والنظائر : ١٠١ - ١٠٢ .

(٢) العرف والعادة : ١٥٧ .

وقال في الشرح الكبير : وخصصت نية الحالف لفظه العام وقيدت لفظه المطلق .

وقال الخرقي : ويرجع في الإيمان إلى النية .

وقال الأستاذ أبو سنة : وبنّاؤها على العرف عند الحنفية مشروط بأمرين

أيضاً : الأول أن لا ينوي الحالف ما يحتمله كلامه ، فإن نوى صدق ديانته .

وذكر المالكية والحنابلة أمراً آخر — يقيد اللفظ ويخصه في الإيمان — سموه

بساط اليمين ، وهو السبب المثير لليمين .

قال ابن قدامة : فإن لم ينو شيئاً رجع إلى سبب اليمين وما هيجها .

وقال في الشرح الكبير : ثم إن عدمت النية ، أو لم تضبط ، خصص وقيد

بساط يمينه ، وهو السبب الحامل على اليمين ، إذ هو مظنة النية .

قال الدسوقي في الحاشية :

يجري البساط في جميع الحلف وهو المثير لليمين فاعرف
إن لم يكن نوى وزال السبب وليس ذا لحالف يتسبب^(١)

ب - تعارض العرف والنص :

بحث الأصوليون في تعارض العرف مع النصوص الشرعية فذكروا حالتين :

١ - الأولى : أن يكون العرف قائماً حال ورود النص ، وهنا يجري الخلاف

في تقييد مطلق النص وتخصيص عامه بالعرف ، على ما ذكرناه في تعارض اللغة

والعرف ، لأنه يعم ألفاظ اللغة ، سواء أكانت نصوصاً شرعية أم غيرها .

٢ - الحالة الثانية : أن يكون العرف المعارض للنص حادثاً بعد ورود النص ، وفي

هذه الحالة — إذا لم يمكن رد العرف إلى أصل من أصول الشرع — اتفق العلماء

على رد هذا العرف وعدم اعتباره .

(١) الام : ٦٥/٧ ، الشرح الكبير : ١٣٦/٢ - ١٤٠ مع الحاشية ، المغني ٥٦٤/٩

العرف والعادة : ١٥٧ .

هذا إذا لم يكن التعارض من كل وجه ، كما إذا كان النص مطلقا ، أو عاما .
أما إذا كان التعارض من كل وجه ، كأن يكون النص مقيدا أو خاصا :
فالجهور على عدم اعتبار هذا العرف ، لأن من شروط اعتبار العرف أن لا يكون
مخالفا لأدلة الشرع من كل وجه .

وخالف في هذا الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى : فيما إذا كان النص
الشرعي مبنيا على العرف ، فإنه يعتبر العرف ولو صادم النص ، لأنه لا يعد مصادما
له ، بل هو عمل به واتباع .

قال ابن عابدين : فإن قلت : قد روي عن أبي يوسف اعتبار العرف في هذه
الأشياء المنصوصة - حتى جوز التساوي بالكيل في الذهب ، وبالوزن في الحنطة
إذا تعارفه الناس - فهذا اتباع للعرف ، اللازم منه ترك النص ، فيلزم أن يجوز
عنده ما شاببه من تجويز الربا ونحوه ، للعرف ، وإن خالف النص ؟

قلت : حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك ، وإنما أراد تعليل النص
بالعادة ، بمعنى أنه إنما نص على البر والشعير والتمر والملح بأنها مكيلة ، وعلى
الذهب والفضة بأنها موزونة ، لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك ، فالنص في ذلك
الوقت إنما كان للعادة ، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البر وكيل الذهب
لورد النص على وفقها ، فحيث كانت العلة هي المنظور إليها ، فإذا تغيرت تغير
الحكم ، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة للنص ، بل فيه اتباع النص^(١) .

ج - تنزيل العرف منزلة الشرط :

١ - من الثابت الشائع لدى الحنفية : أن الشيء المعتاد والمتعارف لدى
الناس في المعاملات يلزم المتعاقدين ، كما لو نص عليه نصا صريحا في العقد . ولقد
جعلوا هذا المعنى قاعدة ثابتة ، وعبروا عنها بألفاظ مختلفة . فقالوا : الثابت بالعرف

(١) نشر العرف : ٨ وانظر : العرف والعادة : ٦١ ، ٩٠ - ١٠١ ، المدخل الفقهي

العام : ١/٨٧١ ، ضوابط المصلحة : ٢٨٦ .

كالثابت بالنص ، وقالوا : المعلوم بالعرف كالمشروط بالنص . وقالوا : المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، وقالوا : المعتاد كالمشروط . إلى غير ذلك من الألفاظ التي تدل على تفهيد هذا المعنى وتقريره عندهم^(١) . وبنوا عليها الفروع المتعددة : كبيع المعاطة ، واستصناع الصانع دون شرط الأجرة وغيرها .

٢ - والذي يظهر من الفروع : أن هذه القاعدة مقررة لدى المالكية ، وأنه قد شاع عندهم تنزيل العادة منزلة الشرط ، فمن ذلك :

أ - ما ذكره ابن فرحون في تبصرة الحكام فقال : وفي سماع ابن القاسم : سئل مالك عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس ، وجل الناس تعمل به عندنا ، حتى إنه لتكون فيه الخصومة ، أترى أن يقضى به ؟ . قال : إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم ، وهو عملهم ، لم أر أن يطرح ذلك عنهم ، إلا أن يتقدم فيه السلطان ، لأنني أراه أمرا قد جروا عليه . هـ

فالملاحظ هنا : أنه قد نزل عرفهم في هدية العرس منزلة اشتراطها على الزوج في عقد الزواج .

ب - ومنه أيضا : ما ذكره عن أحكام ابن سهل : في امرأة أسلفت زوجها ثلاثين دينارا ذهباً ، وأنظرته بها خمسة أعوام ، ثم طلقها بعد عام ونصف من تاريخ السلف ، فرعمت أنها إنما أسلفت وأنظرته استدامة لعصمتها معه ، ورجاء في حسن صحبتها لها - وكان التحاكم عند ابن بقي - فشاور في ذلك ، فأفتى ابن عتاب : القول قول المرأة فيما ادعته من ذلك ، وتحلف ، ثم تأخذ حقها منه حالا ، وبذلك أفتى الشيخ فيها قبل هذا : أن القول قولها مع يمينها ، إذ هو الظاهر من أمر النساء أنهن إنما يفعلن ذلك لذلك ، فهو كالعرف الذي يصدق فيه من ادعاه^(٢) . وهذا أيضا يقرر لنا : أن العرف عندهم ينزل منزلة الشرط .

(١) نشر العرف : ٣ ، العرف والعادة : ١٦٩ .

(٢) تبصرة الحكام : ٦١/٢ - ٦٢ .

ج - ومن ذلك أيضا : أنه يشترط - عند المالكية - تعجيل الأجر في الإجارة إذا كان معينا ، كثوب بعينه ، فإن شرط تأجيله فسدت الإجارة ، لأنه يلزم عنه بيع الدين بالدين ، وهو باطل . وكذلك تفسد الإجارة عندهم - في حال كون الأجر معينا - إذا جرى العرف بتأجيله ، وإن لم يشترطه ، تنزيلا للعرف منزلة الشرط (١) .

د - ومن هذا القبيل أيضا : أن الجعالة تجوز - عند المالكية - بكل ما تجوز به الإجارة ، إلا أنه إذا كان العمل الذي جعل عليه الجعل كثيرا - كإبل شردت أو عبيد أبقت ، أو سلع كثيرة يبيعها - وشرط أنه لا يستحق شيئا من المسمى إلا بجميع العمل ، فإن الجعالة لا تجوز ، وكذلك إذا لم يشترط هذا وإنما جرى به العرف .

فإذا شرط الجاعل : أنه يستحق على كل جزء من العمل ينجزه أجره بحسابه جازت الجعالة ، وكذلك إذا جرى العرف بهذا . قال في الشرح الكبير : فإن شرط ، أو جرى العرف ، بأن ما باعه أو اشتراه فله بحسابه ، جاز (٢) .

وهذا - أيضا - تنزيل للعرف منزلة الشرط .

وأما الحنابلة : فهم - أيضا - يقولون بهذا ، قال ابن قدامة ، في بيان استحقاق الصانع الأجر وإن لم يشروطه : إن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول (٣) . وهذا صريح في أن العرف ينزل منزلة الشرط عندهم .

٤ - وأما الشافعية : فقد ذكر السيوطي في الأشباه والنظائر أن في ذلك وجهين : والأصح في المذهب : أنها لا تعتبر ، وكذلك ذكر الإمام النووي رحمه الله تعالى .

قال في الأشباه والنظائر : العادة المطردة في ناحية ، هل تنزل عاداتهم منزلة الشرط ، فيه صور . هـ . وذكر فروعا ، حكى فيها قولين في المذهب : أصحهما أن ، المعتاد لا يكون كالشرط .

(١-٢) الشرح الكبير : ٣/٤ ، ٦٤ .

(٣) المغني : ٤١٥/٥ .

ومن هذه الصور : لو دفع ثوبا - مثلا - إلى خياط ليخيطه ، ولم يذكر أجره وجرت عادته بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ خلاف ، والأصح في المذهب : لا .

وقال في المجموع : في بيع الثمار : قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية ، لأنها المعتاد . فلو كان في البلاد الشديدة البرد كرم لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففي بيعها وجهان :

أ - عن الشيخ أبي محمد : أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة بمنزلة العادات العامة ، فيكون المعهود كالمشروط .

ب - وامتنع الأكثرون من ذلك ، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة . قال : وهذا الخلاف يجري فيما إذا جرت عادة قوم باتتفاع المرتهن بالرهون .

وقال : ومن ظائر ذلك : ما إذا جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض ، فالمذهب جواز إقراضه ، وفيه وجه .

ثم قال : وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ ، والمخالف في بعضها لعله يخالف في الباقي . هـ

وظاهر كلام السيوطي والنووي : أن الخلاف في أن العرف لا ينزل منزلة الشرط : إذا كان خاصا ، وأما إذا كان عاما : فالظاهر أنه يعتبر كالمشروط بالنص . وذلك يفهم من تغليلهم للجواز والمنع بقولهم : تنزيلا لعاداتهم الخاصة بمنزلة العادات العامة ، وقولهم : ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة . وقد قال النووي رحمه الله تعالى ، بعد تفصيله الكلام في العرف والعادة : ثم أشار الإمام - أيضا - إلى تخريج مسألة قطع العنب حصرما على خلاف الأصحاب : في أن الشيء النادر إذا طرد - كدم البراغيث في بعض الأصقاع - هل يعطى حكم العام فيعفى عنه ؟ وقطف العنب حصرما في غاية الندور ، فإن فرض اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور^(١) .

(١) الاشباه والنظائر : ١٠٦ ، المجموع : ٣٢٤/١١ ، ٣٢٧ .

الدليل الشرعي على اعتبار العرف (دليل اعتبار العرف) :

استدل العلماء على اعتبار العرف بالكتاب والسنة :

١ - أما الكتاب ، فقوله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين^(١) » / الأعراف : ١٩٩ / قال ابن عابدين [نشر العرف : ٣] : واعلم أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » .

قال الأستاذ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٣] : والظاهر - والله أعلم - أنه يعني - أي ابن عابدين - بهذا البعض شهاب الدين القرافي المالكي ، فإنه قال في الفروق في جواب قول الشافعي : فيما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت : إن القول لمن شهدت له البينة ، ما نصه : لنا قوله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » . فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية ، إلا أن يكون هناك بينة . وقال : وقد تابعه في هذا علاء الدين الطرابلسي صاحب معين الحكام فقال : الباب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة ، قال الله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » الآية . ثم قال : أقول : وهذا الاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية الكريمة عادات الناس ، وما جرى تعاملهم به ، فحيث أمر الله نبيه ﷺ بالأمر به ، دل ذلك على اعتباره في الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة . هـ

وقال الأستاذ الزرقاء [المدخل الفقهي : ١٠٩/١] : ولا يخفى أن العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي ، وهو الأمر المستحسن المؤلف ، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي ، ولكن توجيه هذا الاستدلال هو : أن العرف - وإن لم يكن مراداً به في الآية المعنى الاصطلاحي - قد يستأنس به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي ، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو مما استحسناه

(١) قال الرازي في تفسيره : قال أهل اللغة : العفو : الفضل وما أتى من غير كلفة ، وقال : والعرف والمعرفة والمعروف : هو كل أمر عرف أنه لابد من الإتيان به ، وأن وجوده خير من عدمه . التفسير الكبير : ٩٥/١٥ .

وألفته عقولهم ، والغالب أن عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف ،
فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة • هـ

٢ - وأما السنة : فقوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) •
قال السيوطي في الأشباه والنظائر [٩٩] : القاعدة السادسة : العادة محكمة ،
قال القاضي : أصلها قوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) •
وقال : قال العلائي : ولم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا - ولا بسند
ضعيف - بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن
مسعود موقوفا عليه ، أخرجه أحمد في مسنده [٣٦٠١/٥] • هـ

قال الأستاذ أبو سنة [العرف والعادة : ٢٤] : استدل به جلال الدين السيوطي
الشافعي في أشباهه ، وزين الدين بن نجيم الحنفي في أشباهه أيضا ، وكثير من
الفقهاء في بعض الفروع التي استند فيها إلى العرف ، كوقف المنقول والاستصناع •
قال : وممن نسب هذا الحديث إلى النبي ﷺ العيني في شرح الهداية ، والفخر
الرازي في التفسير الكبير • وقال : ووجه الأخذ لا اعتبار العرف من الحديث : أنه
إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسنا قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل
فيه ، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل ، فإذا كان العرف من أفراد ما استحسنته
المسلمون كان محكوما بحقيقته واعتباره •
هذا ما استدل به معظم العلماء (١) •

٣ - ولقد سلك الشاطبي في الموافقات مسلكا آخر ، مينا أنه : لا يستقيم
إقامة التكليف إلا باعتبار العوائد الجارية ، وذكر أربعة وجوه للدلالة على ذلك :
أ - أن الشارع قد اعتبر العادات - التي هي وقوع المسببات عن أسبابها
العادية - ورتب عليها أحكاما : فشرع القصاص ، والنكاح ، والتجارة ، وغيرها ،
لأنها أسباب للانكفاف عن القتل وبقاء النسل ونماء المال عادة •

(١) وانظر مناقشة الاستدلال بهذين الدليلين العرف والعادة : ٢٤ - ٢٦ •

قال [٢٨٦/٢] : فالعادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة كقوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة » / البقرة : ١٧٩ / • فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم يتحتم القصاص ولم يشرع ، إذ كان يكون شرعاً لغير فائدة ، وذلك مردود بقوله « ولكم في القصاص حياة » •

وكذلك البذر سبب لنبات الزرع ، والنكاح سبب للنسل ، والتجارة سبب لنماء المال عادة ، كقوله : « وابتغوا ما كتب الله لكم » / البقرة : ١٨٧ / • « وابتغوا من فضل الله » / الجمعة : ١٠ / • « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم » / البقرة : ١٩٨ / • وما أشبه ذلك مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها دائماً ، فلو لم تكن المسببات مقصودة للشارع في مشروعية الأسباب لكان خلافاً للدليل القاطع ، فكان ما أدى إليه باطلاً • هـ

قال الأستاذ دراز في تعليقه على الموافقات : أي فلو لم تكن هذه العادات معتبرة شرعاً ، لما رتب الشارع عليها شرعية الأسباب التي فيط بها تلك العادات ، لكن هذه الآيات وما أشبهها دليل قاطع على أنه رتب الأحكام عليها ، فتكون معتبرة شرعاً • اهـ •

ب - أن ورود الكاليف بميزان واحد في الخلق يدل على أن الشارع اعتبر العادات المطردة فيهم ، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع ، واختلاف الخطاب •

قال [٢٨٧/٢] : ووجه ثان وهو ما تقدم في مسألة العلم بالعادات ، فإنه جار هنا • اهـ • وما تقدم في ذلك [٢٧٩/٢] هو قوله : إن الشرائع بالاستقراء إنما جيء بها على ذلك ، ولنعتبر بشريعتنا ، فإن التكاليف الكلية فيها بالنسبة إلى من يكلف من الخلق موضوعة على وزان واحد ، وعلى مقدار واحد ، وعلى ترتيب واحد ، لا اختلاف فيه بحسب متقدم ولا متأخر ، وذلك واضح في الدلالة على أن موضوعات التكاليف - وهي أفعال المكلفين - كذلك • وأفعال المكلفين : إنما تجري على ترتيبها إذا كان الوجود باقياً على ترتيبه ، ولو اختلفت العوائد في الموجودات لاقتضى

ذلك ، اختلاف التشريع ، واختلاف الترتيب ، واختلاف الخطاب ، فلا تكون الشريعة على ماهي عليه ، وذلك باطل . اهـ .

ج - أن مصالح العباد لا تتحقق إلا باعتبار عاداتهم المطردة ، والشارع قد جاء باعتبار المصالح فيلزم القطع باعتباره للعوائد .

قال [٢٨٧/٢] : ووجه ثالث ، وهو أنه لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح ، لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره للعوائد ، لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد ، دل على جريان المصالح على ذلك ، لأن أصل التشريع سبب المصالح ، والتشريع دائم - كما تقدم - فالمصالح كذلك ، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع . اهـ .

د - أن التكليف إذا لم تعتبر فيه العوائد كان تكليفاً بما لا يطاق ، وذلك باطل شرعاً .

قال [٢٨٨/٢] ووجه رابع : وهو أن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق ، وهو غير جائز أو غير واقع ، وذلك أن الخطاب : إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما أشبه ذلك من العادات المعتبرة في توجه التكليف ، أو لا ، فإن اعتبر فهو ما أردنا ، وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر وعلى غير العالم والقادر ، وعلى من له مانع ومن لا مانع له ، وذلك عين تكليف ما لا يطاق ، والأدلة على هذا المعنى واضحة كثيرة . اهـ .

٤ - وأما ابن القيم رحمه الله تعالى : فقد استدل - لتغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد - بأمثلة كثيرة وردت عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضي الله عنهم ، وعن الأئمة المجتهدين ، كلها قد راعت اختلاف الأحوال والأزمان والعادات ، ولقد أسهب في بيان ذلك وتفصيله في كتابه إعلام الموقعين فيما يزيد عن ثمانين صفحة منه ، نذكر لك بعضاً منها :

قال رحمه الله تعالى [١٧/٣] : المشال الثاني : أن النبي ﷺ نهى أن تقطع الأيدي في الغزو . [رواه أبو داود : ٤٤٠٨] فهذا حد من حدود الله تعالى ، وقد

نهى عن إقامته في الغزو ، خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخير ، من لحوق صاحبه بالمشركين حمية وغضباً .

وقال [٤١/٣] المثال السابع : أن المطلق في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر وصدرأ من خلافة عمر ، كان إذا جمع الطلقات الثلاث بفهم واحد جعلت واحدة ، كما ثبت ذلك في الصحيح عن ابن عباس ، فروى مسلم في صحيحه [١٠٩٩/٢] عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس : كان طلاق الثلاث — على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر — طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب : إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم .

وقال في تعليل ذلك [٤٧/٣] : ولكن رأى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق ، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة ، فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم ، ليعلموا أن أحدهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره .

وقال : فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان ، وعلم الصحابة رضي الله عنهم حسن سياسة عمر وتأديبه لرعيته في ذلك فوافقوه على ما أأزم به ، وصرحوا لمن استفتاهم بذلك .

وقال [٩٢/٣] المثال التاسع : الإلزام بالصداق الذي اتفق الزوجان على تأخير المطالبة به ، وإن لم يسميا أجلاً ، بل قال الزوج : مائة مقدمة ومائة مؤخرة ، فإن المؤخر لا يستحق المطالبة إلا بموت أو فرقة ، هذا هو الصحيح ، وهو منصوص أحمد ، فإنه قال في رواية جماعة من أصحابه : إذا تزوجها على العاجل والآجل لا يخل الآجل إلا بموت أو فرقة . اهـ .

ثم ذكر أقوال الأئمة في هذا ، وقال — مرجحاً لقول أحمد — [٩٣/٢] : وهذا محض القياس والفقه ، فإن المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين ، كما في النقد والسكة والصفة والوزن ، والعادة جارية بين الأزواج بترك المطالبة بالصداق إلا بالموت أو الفراق ، فجرت العادة مجرى الشرط .

هـ — ذكر الأستاذ عبد الوهاب خلاف [مصادر التشريع : ١٤٦] أن الدليل على اعتبار العرف الصحيح أمران :

أ - أن الشارع الإسلامي قد راعى في تشريعه عرف العرب في بعض أحكامه :
فوضع الدية على العاقلة ، واشترط الكفاءة في الزواج ، وبنى الولاية في الزواج على
العصبية ، وكذلك الإرث .

ب - أن ما يتعارفه الناس من قول أو عمل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم ،
فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم ، وإذا عملوا فإنما يعملون على
وفق ما تعارفوه واعتادوه ، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكفاء بما يقضي
به عرفهم . اهـ .

٦ - طريقة الأستاذ أبي سنة في الاستدلال للعرف :

سلك الأستاذ أبو سنة طريقة خاصة في الاستدلال لاعتبار العرف ، فإنه حصر
استعمالات الفقهاء للعرف بأربعة أنواع ، وذكر دليل اعتبار كل نوع منها ، وهذه
الأنواع هي :

أ - العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً :

وهذا النوع من العرف إنما مرده إلى الأدلة الشرعية الصحيحة ، مثل السنة
التقريرية أو الإجماع العملي أو دلالة الإجماع ، أو المصلحة المرسله ، أو أصل
الإباحة .

ب - العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث :

والأصل في اعتبار هذا النوع نصوص عن الشارع منها :

— قوله تعالى : « ف كفارتها إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم »
/ المائدة : ٨٩ / . فقد أحال سبحانه في بيان إطعام عشرة مساكين على الوسط من
الطعام المتعارف ، فكانت إحالته للبيان في هذا الحكم المطلق على العرف .

— قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »
/ البقرة : ٢٣٣ / . والمراد بالمعروف : ما يكفي الوالدات في العرف من القوت
والملبس ، مع رعاية حال الأزواج .

— قوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان : (خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف)
 [البخاري : ٨٩/٩] • وقوله في خطبته في حجة الوداع : (ولهن عليكم رزقهن
 وكسوتهن بالمعروف) [أبو داود : ٤٤٢/١] • ومعنى المعروف في الحديثين : هو
 القدر الذي علم بالعادة أنه الكفاية •

فهذه النصوص تدل على أن الشارع قد اعتبر العرف مرجعاً في تطبيق الأحكام
 المطلقة •

ج - العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف :

والأصل في اعتبار هذا النوع :

— حديث عروة بن أبي الجعد البارقى رضي الله عنه أن النبي ﷺ أعطاه
 ديناراً ليشتري له به شاة ، فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار
 وشاة ، فدعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه •
 [أبو داود : ٢٢٩/٢] في هذا التصرف من عروة رضي الله عنه اعتماد منه على الإذن
 العرفي ، فإن مما جرى به العرف أن الوكيل مأذون في مخالفة الموكل إلى خير مما أمر
 به ، لأنه من مقصده وإن لم يصرح به •

— الاتفاق على صحة بعض التصرفات اعتماداً على ما جرى به العرف ، كدخول
 الحمام مع عدم التصريح بعقد إجارة ، وتناول الضيف الطعام المقدم له ، واعتبار
 رضى البكر بسكوتهما ، والدخول على من زفت إليه ليلة العرس دون بينة على أنها
 زوجته ، فهذا كله اتفاق من الأئمة على أصل اعتبار هذا النوع من العرف •

د - العرف القولي :

ودليل اعتباره الاتفاق على التخصيص والتقييد بالعرف القولي • ولأن مرجع
 العرف القولي إلى استعمال اللفظ في معنى جديد وهجر الحقيقة ، ولأن المتكلم
 بالألفاظ التي يراد معانيها التي وضعت لها عرفاً يقصد ذلك بكلامه •

هذا ملخص ما ذكره الأستاذ أبو سنة في استعمالات العرف وأدلة اعتبارها •

[العرف والعادة : ٢٦ - ٥٥]

شرائط اعتبار العرف :

إن اعتبار الفقهاء للعرف ليس مطلقاً دون قيد أو شرط ، بل هو مشروط بأمور — إذا لم تتوفر — فقد العرف اعتباره وأصبح غير صالح لبناء الأحكام الشرعية عليه ، وتتلخص هذه الشرائط بما يلي :

١ - أن يكون العرف مطرداً أو غالباً :

أي أن يكون العمل به — لدى متعارفيه — مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها ، وهذا هو معنى الاطراد . أو أن يكون العمل به جارياً في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها ، وهذا هو معنى الغلبة .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر [١٠١] : إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف . اهـ .

هذا وقد يعبر — أحياناً — عن هذا الشرط بالعموم فيقال : يشترط في العرف أن يكون عاماً ، ويراد بالعموم عندها : أن يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله بحيث يعرفه جميعهم في جميع البلاد أو في بلد خاص . ولا يكون المراد بالعموم العرف العام ، لأن هذه الشريطة واردة في العرف العام والخاص على السواء . قال ابن عابدين [نشر العرف : ٢٨] : اعلم أن كلاً من العرف العام والخاص إنما يعتبر إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم .

٢ - أن يكون موجوداً عند إنشاء التصرف :

أي أن يكون العرف المراد تحكيه ، والذي يحمل عليه التصرف ، موجوداً ومعمولاً به وقت إنشاء هذا التصرف ، وذلك بأن يكون حدوث العرف سابقاً على حدوث التصرف ، ثم يستمر إلى زمانه فيقارن حدوثه . لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله ، ويستوي في ذلك العرف القولي والعملي .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر [١٠٦] : العرف الذي تحمل عليه الألفاظ ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر .

٣ - أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه :

أي أن لا يوجد من المتعاقدين عند إنشاء التصرف تصريح منهما بقول يفيد عكس ما جرى به العرف ، ومثل القول العمل الذي يدل على ذلك •

وهذا الشرط يختص بالعرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف ، والذي تعبر عنه القاعدة المشهورة في عرف المعاملات : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً •

فإذا صرح المتعاقدان بما يدل على خلاف العرف صح ذلك ، وكان العمل بما صرحا به لازماً دون العرف القائم •

قال ابن عبد السلام [قواعد الأحكام : ١٨٦/٢] : كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح •

٤ - أن لا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع :

أي أن لا يكون العمل بالعرف فيه تعطيل لحكم ثابت بنص شرعي ، أو أصل قطعي من أصول الشريعة ، فإذا كان كذلك فلا اعتبار عندئذ للعرف ، وهذا الشرط يفهم من الكلام عن معنى العرف المعتبر لدى الأصوليين •

٥ - أن يكون العرف عاماً في جميع البلاد :

والظاهر أن هذا القيد - كما قال الأستاذ أبو سنة - إنما هو خاص بالعرف الذي يخصص العام ويقيّد المطلق • وبالتالي لا يكون من باب الشروط ، وإنما يدخل في بحث التخصيص بالعرف (١) •

٦ - أن يكون ملزماً :

بمعنى أنه يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس •

وهذا الشرط ذكره الأستاذ أبو سنة ، وذكر له أمثلة من الفقه المالكي والحنفي (١) •

(١) انظر : العرف والعادة : ٥٦ - ٦٨ ، المدخل الفقهي العام : ٨٦٣ - ٨٧٠

الفصل الثاني

أثر العرف

وفيه المسائل الآتية :

- ١ - بيع المعاطاة .
- ٢ - البيع على البرنامج .
- ٣ - بيع الثمار بعد ظهور بعضها .
- ٤ - بيع الثمار بعد الصلاح بشرط التبقية .
- ٥ - بيع الثمار قبل بدو الصلاح دون شرط القطع .
- ٦ - بيع الثمار مطلقاً وقد جرى العرف بتركها .
- ٧ - المعيار في أموال الربا .
- ٨ - عقد الاستصناع .
- ٩ - استحقاق الصناع الأجر دون شرط .
- ١٠ - حكم نماء الرهن وزوائده .
- ١١ - رهن الثمرة دون الأصل .
- ١٢ - الحرز في السرقة .
 - أ - الدار المشتركة .
 - ب - متاع الزوجين .
 - ج - الأمتعة في الأسواق .
 - د - السرقة من القبور .
- ١٣ - ما يحث به في الإيمان :
 - أ - ما يحث به في الحلف على البيت .
 - ب - ما يحث به في الحلف على اللحم .
- ١٤ - ما يجزىء كسوة في كفارة اليمين .

لقد مر معنا أن المذاهب الفقهية متفقة - على وجه الإجمال - على اعتبار
العرف - بضوابطه وشرائطه - مدركاً من مدارك الأحكام الشرعية .

ومر بنا أيضاً أنه رغم اتفاقهم على اعتباره فقد وجدت فروع فقهية كثيرة
مبناها على العرف ، وكان لهم اختلاف فيها ، وذلك - كما قلنا - إما لاختلاف
العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه ، وإطراده واضطرابه ، وإما لاختلافهم
في بعض مسائله ومدى سلطانه . وقد ذكرنا بعض وجوه الاختلاف بينهم .

وهكذا نجد - على أي حال - أن اعتبار العرف دليلاً شرعياً ، ومصدراً من
مصادر التشريع كان له أثر في الفقه الإسلامي ، حيث وجد الكثير من المسائل العملية
والفروع الفقهية المختلف فيها بين المذاهب ، وكان سبب هذا الاختلاف - في
الظاهر - هو اعتبار العرف دليلاً من أدلة الأحكام .

وسأعرض - إن شاء الله تعالى - في هذا الفصل بعض المسائل والفروع التي
انبتت على الخلاف في هذا الدليل على وجه الإجمال .

المسألة الأولى : بيع المعاطة :

صورة المسألة أن يدفع المشتري ثمن المبيع للبائع ، ويأخذ المبيع عن تراض
منهما دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول لفظاً .

اختلفوا في صحة هذا البيع :

١ - ذهب أحمد رحمه الله تعالى : إلى صحة هذا البيع مطلقاً ، وبه قال
المالكية ، وهو الأصح عند الحنفية ، والمختار لدى الشافعية .

قال ابن قدامة [المغني : ٤٨١/٣] : المعاطة : مثل أن يقول : أعطني بهذا
الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فأخذه ، فهذا بيع

صحيح نص عليه أحمد فيمن قال لخاز : كيف تباع الخبز ؟ قال : كذا بدرهم ، قال : زنه وتصدق به ، فإذا وزنه فهو عليه . اهـ .

وجاء في الشرح الكبير [٢/٢ - ٣] : ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة ، بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه ، من غير تكلم ولا إشارة ، ولو في غير المحقرات . اهـ .

وقال في تنوير الأبصار [٤/٥٠٤ - ٥١٣] : ويكون - البيع ^(١) - بقول أو فعل : أما القول فالإيجاب والقبول ، ثم قال : وأما الفعل فالتعاطي في خسيس ونفيس - ولو من أحد الجانبين - على الأصح . اهـ .

وقال النووي [المجموع : ١٧١/٩] : واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا . وقال : وكان الروياني يفتي به ، وقال المتولي : وهذا هو المختار للفتوى . وكذا قاله آخرون ، وهذا هو المختار .

٢ - وذهب الشافعية - على المشهور في المذهب - أنه لا يصح البيع بالمعاطاة مطلقاً .

قال في المجموع [١٧١/٩] : المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول ، ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير ، وبهذا قطع المصنف ^(٢) والجمهور .

٣ - وذهب الكرخي من الحنفية إلى جواز هذا البيع في الأشياء الخسيسة ، كالبلقل والبيض وما شابهه .

قال في الهداية [٧٧/٥] : ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس ، هو الصحيح . قال في الفتح : قوله هو الصحيح : احتراز من قول الكرخي : إنه إنما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط .

(١) لفظة البيع ليست من النص وإنما هي توضيح مني .

(٢) أبو إسحق الشيرازي صاحب المذهب .

الأدلة :

١ - عمدة القائلين بصحة هذا البيع - حيثما قالوا بصحته - العرف ، حيث إن البيع قد ورد الشرع بحله مطلقاً ، ولم يثبت أنه اشترط فيه لفظاً ولم يبين كيفيته ، فيرجع في ذلك إلى العرف .

قال ابن قدامة [المغني : ٤٨١/٣] : ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف ، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، وقال : لأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك إجماعاً . وقال : ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساواة والتعاطي قام مقامهما ، وأجزأ عنهما ، لعدم التعبد فيه .

وقال الدسوقي في حاشيته [٣/٢ - ٤] : والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضى عرفاً ، وقال : وإن كان دال الرضى معاطاة ، وفقاً لأحمد .

وقال ابن الهمام في توجيه قول الكرخي [فتح القدير : ٧٧/٥] : وأراد بالخبيس الأشياء المحترقة ، كالبلقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة . ثم قال : وجه الصحيح : أن المعنى - وهو دلالة الرضى - يشمل الكل ، وهو الصحيح ، فلا معنى للتفصيل . ثم ذكر أمثلة عن شرح الجامع الصغير بين صحة التعاطي مطلقاً في الخسيس والنفيس .

وقال النووي [المجموع : ١٧٢/٩] : لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف ، فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات ، وغير ذلك من الألفاظ المطلقة ، فإنها كلها تحمل على العرف . ولنظرة البيع مشهورة ، وقد اشتهرت الأحاديث عن النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم في زمنه وبعده . ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول والله أعلم . اهـ .

٢ - عمدة المشهور - في مذهب الشافعي رحمه الله تعالى - أن الشارع شرط الرضى لصحة البيع ، وهو أمر خفي لا يعرف إلا بالإيجاب والقبول .

قال في معني المحتاج [٣/٢] : وإنما احتيج في البيع إلى الصيغة ، لأنه منوط بالرضى ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » / النساء : ٢٩ / . ولقوله ﷺ : (إنما البيع عن تراض) صححه ابن حبان (١) . والرضا أمر خفي لا يطلع عليه ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة ، فلا ينعقد بالمعاطاة ، إذ الفعل لا يدل بوضعه . اهـ .

والظاهر أن القائلين بهذا : يرون أن هذا دليل كاف في بيان كيفية البيع واشتراط الصيغة .

وعلى هذا لا يندرج في قولهم : كل ما ورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف ، لأنه لم يرد مطلقا ، وإنما له دليل خاص ، ولا يرجع إلى العرف إلا حيث لا دليل سواء ، ولكن السيوطي اعتبر هذه المسألة خروجاً عن القاعدة فقال [الأشباه والنظائر : ١٠٩] : وخرجوا عن ذلك في مواضع لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة ، منها : المعاطاة على أصل المذهب ، لا يصح البيع بها ، ولو اعتيدت ، لا جرم أن النووي قال : المختار الراجح دليلا الصحة ، لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ . اهـ .

المسألة الثانية : البيع على البرنامج (٢) :

اختلف الأئمة في بيع الأعيان الغائبة ، وهي التي لم يرها المتعاقدان ، سواء أكانت حاضرة أم غائبة .

١ — ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أنه يصح بيع الغائب ، سواء أكان موصوفاً أو غير موصوف ، وإنما لا يلزم البيع ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية ، سواء أوجده على صفة وصفت له أم لا .

(١) انظر زوائد ابن حبان : ٢٧١ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) البرنامج : الورقة المكتوب فيها ما في العدل أو الظرف .

قال في الهداية [١٣٧/٥] : ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده • قال في الفتح : سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها • اهـ •

٢ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه يصح البيع : إذا كان المبيع موصوفاً ، ويلزم المشتري إذا وجده على الصفة ، وهذا ما يسمى عند مالك بالبيع على البرنامج • وأما إذا لم يوصف المبيع لم يصح البيع •

والذي ذهب إليه مالك رحمه الله تعالى هو ظاهر مذهب أحمد رحمه الله تعالى • قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٥٤/٢] : وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة ، إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته • وقال : وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم •

وجاء في الموطأ [٦٧٠/٢] : قال مالك : في الرجل يقدم له أصناف من البز ، ويحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجاً ويقول : في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا ربطة سابرية ، ذرعها كذا وكذا ، ويسمي لهم أصنافاً من البز بأجناسه ، ويقول : اشترؤا مني على هذه الصفة ، فيشترون الأعدال على ما وصف لهم ، ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون • قال مالك : ذلك لازم لهم ، إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه (١) •

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٩٤ ، ٤٩٦] وفي بيع الغائب روايتان : أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه • وقال : وإذا وصف المبيع للمشتري ، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم ، صح بيعه في ظاهر المذهب • وقال : إذا ثبت هذا ، فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ •

٣ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى في قوله الجديد - وهو الأصح في المذهب - إلى أنه لا يصح مطلقاً •

(١) انظر في شرح الالفاظ الغريبة ص ٢٥٦ حاشية •

جاء في الأم [٢٠٤/٧] : سألت الشافعي عن بيع الساج المدرج والقبطية ، وبيع الأعدال على البرنامج ، على أنه واجب بصفة أو غير صفة ؟ قال : لا يجوز من هذا شيء إلا لمشتريه الخيار إذا رآه . قال الربيع [الأم : ٣/٣] : قد رجع الشافعي عن خيار الرؤية وقال : لا يجوز خيار الرؤية (١) .

وقال النووي [المجموع : ٣١٧/٩] في بيع الأعيان الحاضرة التي لم تر قولان مشهوران :

قال في القديم والإملاء والصرف من الجديد : يصح . وقال في الأم والبويطي وعامة الكتب الجديدة : لا يصح . ثم قال : وهو الأصح ، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب ، وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضوع ، ويتعين هذا القول ، لأنه الآخر من نص الشافعي ، فهو ناسخ لما قبله .

الأدلة :

١ - حجة الحنفية :

— السنة : وهي : قوله عليه الصلاة والسلام : (من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه) (٢) . ذكر ابن الهمام : أن هذا الحديث مرسل ، وقال : والمرسل حجة عند أكثر أهل العلم . قال صاحب العناية : وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض .

— المعقول : وهو أن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار ، فإنه إذا لم يوافق رده ، وإذا كان كذلك فلا ضرر ، لأنه إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه ، وعلى هذا لا يتناوله النهي عن بيع الغرر .
[الهداية وشروحها : ١٣٨/٥]

(١) الساج : نوع من الثياب بشكل معين كان معروفاً لديهم .
المدرج : الموضوع داخل وعائه ، أو الملفوف .
القبطية : نوع من الثياب .

(٢) أخرجه الدارقطني مرسلًا عن مكحول ، وقال عنه : ضعيف ، ومرفوعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وقال : هذا باطل لا يصح ، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله (٤/٣) .

٢ - وحجة القائلين بعدم صحته مطلقا (وهم الشافعية) :

— حديث أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ (نهى عن بيع الغرر)
[مسلم : ١١٥٣/٣] وفي هذا البيع غرر فلا يصح •

— أنه نوع بيع ، فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع ، قياسا على السلم •
— لأنه في معنى الملامسة والمنابذة في الغرر ، وقد ورد النهي عنهما •

جاء في الأم [٢٠٤/٧] : سألت الشافعي عن بيع الساج المدرج ، والقبضية ،
وبيع الأعدال على البرنامج ، على أنه واجب بصفة أو غير صفة ؟ قال : لا يجوز من
هذا شيء إلا لمشتريه الخيار إذا رآه •

قلت : وما الحجة في ذلك ؟ قال : أخبرنا مالك عن محمد بن يحيى بن حبان
وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة : أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة
والمنابذة^(١) • فقلت للشافعي : فإننا نقول في الساج المدرج والقبضي المدرج : لا يجوز
بيعهما ، لأنهما في معنى الملامسة ، ونزعم أن بيع الأعدال على البرنامج يجوز ؟ قال
الشافعي رحمه الله : فالأعدال التي لا ترى أدخل في معنى الغرر المحرم من القبضية
والساج يرى بعضه دون بعض ، ولأنه لا يرى من الأعدال شيء ، وأن الصفقة تقع
منها على ثياب مختلفة •

وقال : فإن قلتم : إنما أجزأه على الصفة ، فبيوع الصفات لا تجوز إلا مضمونة
على صاحبها بصفة يكون عليه أن يأتي بها بكل حال ، وليس هكذا بيع البرنامج ،
أرأيت لو هلك المبيع ، أ يكون على بائعه أن يأتي بصفة مثله ؟ فإن قلتم : لا ، فهذا
لا يبيع عين ولا يبيع صفة • اهـ [وانظر مغني المحتاج : ١٨/٢]

وبهذا احتج الحنابلة للقول بعدم صحة بيع ما لم يوصف • [المغني : ٤٩٥/٣]

(١) الملامسة : أن يجعل المتعاقدان لمس المبيع أو الثمن موجبا للفقد بدل الإيجاب
والقبول ، والمنابذة : أن يجعلا نبد أحدهما - أي إلقاءه - موجبا لذلك •

٣ - وعمدة مالك رحمه الله تعالى في صحة البيع على الصفة ولزومه :

أن الصفة تنوب عن الرؤية ، وأن مثل هذا البيع ينتفي عنه الغرر لجريان العرف به .

جاء في الموطأ [٦٦٧/٢] : قال مالك : ويبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه ، والثوب في طيه ، وما أشبه ذلك ، فرق بين ذلك الأمر المعمول به ، ومعرفة ذلك في صدور الناس ، وما مضى من عمل الماضين فيه ، وأنه لم يزل من يبيع الناس الجائزة ، والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأسا ، لأن بيع الأعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر ، وليس يشبه الملامسة . اهـ .

والشافعي ينكر جريان هذا العرف ، قال في الأم [٢٠٤/٧] : قلت للشافعي : إنما تفرق بين ذلك لأن الناس أجازوه ؟ قال الشافعي رحمه الله تعالى : ما علمت أحدا يقتدى به في العلم أجازوه .

ودعم هذا القول عند مالك أن العمل عليه في المدينة . قال في الموطأ [٦٧٠/٢] : وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا ، يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له .

وعلى هذا نجد أن عمدة مالك رحمه الله تعالى في هذه المسألة العرف وعمل أهل المدينة ، وكل منهما حجة عنده في بناء الأحكام . [وانظر بداية المجتهد : ١٥٥/٢]

وعمدة الحنابلة في هذا القول القياس على السلم ، فهو بيع بالصفة ، فيصح كما يصح السلم ، ولذلك لا يصح عندهم البيع بالصفة فيما لا يصح السلم فيه .

وكذلك حجتهم في لزوم هذا البيع - إذا وجد على الصفة - قياسه على المسلم فيه ، فإنه لا خيار فيه إذا سلمه على الصفة المعقود عليها ، فكذلك هنا إذا سلم المعقود عليه بصفاته . [المعني : ٤٩٦/٣]

المسألة الثالثة : بيع الثمار بعد ظهور بعضها :

اختلفوا في ذلك :

١ - ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يجوز ذلك ، سواء في

الثمار التي لها أصول ثابتة - كالتمر والعنب - وما ليس له أصول ثابتة - كالقثاء والبطيخ - وهو ما يسمى بالربطة على الأصول . وهذا ظاهر المذهب عند الحنفية .

قال في الأم [٥٦/٣] : وقت بيع جميع ما يؤكل من ثمر الشجر : أن يؤكل من أوله الشيء ويكون آخره قد قارب أوله ، كمقاربة ثمر النخل بعضه لبعض ، فإذا كان هكذا حل بيع ثمرته الخارجة فيه مرة واحدة . والشجر منه الثابت الأصل أكل النخل لا يخالفه في شيء منه - إلا في شيء سأذكره - يباع إذا طاب أوله : الكمثرى والسفرجل والأترج والموز وغيره ، إذا طاب منه الشيء الواحد فبلغ أن ينضج بيعت ثمرته تلك كلها .

قال : وقد بلغني أن التين في بعض البلدان ينبت منه الشيء اليوم ، ثم يقيم الأيام ، ثم ينبت منه الشيء بعد ، حتى يكون ذلك مرارا ، والقثاء والخربز حتى يبلغ بعضه . وفي موضعه من شجر القثاء والخربز مالم يخرج فيه شيء ، فكان الشجر يتفرق مع ما يخرج فيه ، ولم يبع مالم يخرج فيه . فإن كان لا يعرف لم يجز بيعه ، لاختلاط المبيع منه بغير المبيع ، فيصير المبيع غير معلوم ، فيأخذ مشتريه كله ، أو ما حمل مما لم يشتتر ، فإن يبع وهو هكذا فالبيع مفسوخ .

وقال : فينظر من القثاء والخربز في مثل ما وصفت من التين : فإن كان يلد يخرج الشيء منه في جميع شجره ، فإذا ترك في شجره لتتلاحق صفاره خرج من شجره شيء منه ، كان كما وصفت في التين : إن استطع تمييزه جاز ما خرج أولا ، ولم يدخل ما خرج بعده في البيع . وإن لم يستطع تمييزه لم يجز فيه البيع ، بما وصفت .

وقال : وإن حل بيع ثمرة من هذا الثمر - نخل أو عنب أو قثاء أو خربز أو غيره - لم يحل أن تباع ثمرتها التي تأتي بعدها بحال^(١) . اهـ .

(١) الكمثرى : الإجاص . الأترج : نوع من الحمضيات . الخربز : البطيخ .

وقال الخرقى [المغني : ٧٠/٤] : ولا يجوز بيع القشاء والخيار والبادنجان وما أشبهه إلا لقطعة لقطعة . قال ابن قدامة : وجملة ذلك : أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول ، لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم . وقال : ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق . اهـ .

وقال في الدر المختار [٥٥٥/٤] : ومن باع ثمرة بارزة - ظهر صلاحها أولا - صح ، ولو برز بعضها دون بعضها لا يصح في ظاهر المذهب .

وقال ابن عابدين : قال في الفتح : ولو اشتراها مطلقا - أي بلا شرط قطع أو ترك - فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز فأشبهه هلاكه قبل التسليم . ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه ، لأنه في يده . وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ ، إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا .
[انظر فتح القدير : ١٠٤/٥ - ١٠٥]

وعمة هذا القول :

أن هذا البيع يدخل في بيع الغرر المنهي عنها ، فهو يدخل في بيع المعدوم ، وبيع ما لا يملك الإنسان ، وكلاهما منهي عنه . وكذلك يدخل في النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح من باب أولى .

قال في الأم [٤١/٣ - ٤٣ ، ٥٧] : فإن قال قائل : ما الحجة في ذلك ؟ قلنا : لما نهى رسول الله ﷺ عن بيع السنين ، ونهى عن بيع الغرر ، ونهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه كان بيع ثمرة لم تخلق بعد أولى في جميع هذا .

وقال [٤٣/٣] : وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها لثلاثيها العاهة ، فكيف لا ينهى عن بيع ما لم يخلق قط وما تأتي العاهة على شجره وعليه في أول خروجه ؟ قال : وهذا محرم من مواضع : من هذا ، ومن بيع السنين ، ومن بيع ما لم يملك وتضمن صاحبه ، وغير وجه .

(١) انظر في الاحاديث المذكورة والمشار إليها البخاري : ٩٨/٣ ، ١٠١ ، سنن أبي داود (٢٢٦/٢ ، ٢٢٨ ، ٢٥٤) على أن الشافعي رحمه الله تعالى حجة في الحديث .

وقال - مناقشا المخالفين - فكيف لا يحل مبتدأ بيع القثاء والخربز حتى يبدو صلاحهما ، كما لا يحل بيع الثمر حتى يبدو صلاحه - وقد ظهرا ورئيا ؟ ويحل بيع مالم ير منهما قط ولا يدري يكون أم لا يكون ؟ ولا إن كان كيف يكون ؟ ولا كم ينبت ؟ .

وقال [٤١/٣] : والسنة يكتفى بها من كل ما ذكر معها غيرها ، فإذا نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر إلى أن يخرج من أن يكون غصا كله ، فأذن فيه إذا صار أحمر أو أصفر ، فقد أذن فيه إذا بدا فيه النضج واستطيع أكله - خارجا من أن يكون كله بلحا - وصار عامته منه ، وتلك الحال التي أن يشتد اشتدادا يمنع - في الظاهر - من العاهة ، لغلط نواته في عامه - وإن لم يبلغ ذلك منه مبلغ الشدة ، وإن لم يبلغ هذا الحد - فكل ثمرة من أصل فهي مثله لا تخالفه : إذا خرجت ثمرة واحدة يرى معها - كثرة النخل يبلغ أولها أن يرى فيه أول النضج - حل بيع تلك الثمرة كلها ، وسواء كل ثمرة من أصل يثبت أولا يثبت ، لأنها في معنى ثمر النخل إذا كانت كما وصفت : تنبت فيراها المشتري ، ثم لا ينبت بعدها في ذلك الوقت شيء لم يكن ظهر ، لا كام دونها تمنعها من أن ترى كثرة النخلة . اهـ .

وقال ابن قدامة [المغني : ٧٠/٤] : ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله . اهـ .

وقال ابن عابدين [٥٥٥/٤] نقلا عن الزيلعي : وقال شمس الأئمة السرخسي : والأصح أنه لا يجوز ، لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة هنا ، لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا ، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق ، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص ، وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام : (نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم)^(١) . [وانظر نشر العرف : ٣٦]

(١) قال في نصب الرأية : غريب بهذا اللفظ . وقال : والذي يظهر أن هذا مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عندك واحاديث الرخصة في السلم (٤٥/٤) .

٢ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى ما ذهب إليه الجمهور - من القول بعدم الجواز خاصة فيما يمكن تمييز ظهور بعضه عن بعض ، وحجته في ذلك هي حجة الجمهور - على ما يظهر من كلام كتب المذهب .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٤٨/٢ - ١٥١] : بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعامدة (١) .

وقال : وبدو الصلاح - عند مالك في الصنف الواحد من الثمر - هو وجود الإزهاء (٢) في بعضه لا في كله ، إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يتراخى عنه بعض ، بل إذا كان متتابعاً ، لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه - في الغالب - من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداءً متناسقاً غير منقطع . اهـ

فهذا الكلام صريح في أنه لا يجوز بيع جميعه إذا كان موجوداً ، وصلاح بعضه يتراخى عن صلاح الكل ، وعليه - من باب أولى - لا يجوز بيع جميعه إذا كان ظهور بعضه يتراخى ويتميز عن الكل .

وقال في الشرح الكبير [١٧٧/٣] : لا يباع بطن ثانٍ مما يطرح بطنين فأكثر - قبل بدو صلاحه بأول ، أي بدو صلاح بطن أول . فمن باع بطناً ببدو صلاحه ، ثم بعد انتهائه أراد أن يبيع البطن الثاني - بعد وجوده وقبل بدو صلاحه - بدو صلاح الأول فإن ذلك لا يكفي .

قال في الحاشية : حاصله أن الشجر - إذا كان يطعم في السنة بطنين متميزين - فلا يجوز أن يباع البطن الثاني بعد وجوده وقبل بدو صلاحه ببدو صلاح البطن الأول ، وهذا هو المشهور .

(١) في المصباح : عاملته معامدة من العام ، كما يقال : مشاهرة من الشهر ، وميامدة من اليوم .

(٢) ظهور الحمرة أو الصفرة بالثمر .

٢ - وأما ما لا يتميز ظهور بعضه عن بعض - كالقثاء والبطيخ وما أشبهه - فإن مالكا رحمه الله خالف فيه الجمهور وقال : إنه يجوز - إذا ظهر البعض وبدأ صلاحه - أن يباع جميعه ، ويكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمرة^(١) . والظاهر أن عمدته في هذا عمل أهل المدينة والعرف .

قال في الموطأ [٦١٩/٢] : والأمر عندنا - في بيع البطيخ والقثاء ، والخربز والجزر - أن يبعه إذا بدأ صلاحه حلال جائز ، ثم يكون للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمرة ويهلك ، وليس في ذلك وقت يؤقت ، وذلك أن وقته معروف عند الناس . هـ . وقال في الشرح الكبير [١٧٨/٣] : وللمشتري عند الإطلاق بطون - كياسمين وورد وقثاء : كخيار وقثاء وبطيخ وكجيز^(٢) - من كل ما يخلق ولا يتميز بعضه من بعض ، أي يقضي له بذلك ولو لم يشترطه ، ولا يجوز توقيته بكشهر ، لاختلاف حملها بالقلة والكثرة .

وقال : ووجب ضرب الأجل فيما يخلق إن استمر - بأن كان كلما قطع منه شيء خلفه غيره ، وليس له آخر ينتهي إليه - كالموز في بعض الأقطار . هـ .

هذا ولقد ذكر الأستاذ أبو سنة في كتابه [العرف والعادة : ١٢٩] أن مالكا يقول بالجواز مطلقاً ، ولم يفصل بين ما يتميز وما لا يتميز ، وإن كان كلامه يشير إلى هذا التمييز . وذكر أن حجته في ذلك الضرورة ، إذ لا يمكن إلا على هذا الوجه ، لأن تمييز الموجود مما يتلاحق وجوده في غاية العسر ، لا يكلف الشارع بمثله .

وهذا الذي ذهب إليه مالك أفتى به المتأخرون من الحنفية ، منهم الحلواني والفضلي ، وعمدتهم في هذا : أنه قد جرى العرف وعادة الناس به ، وفي نزاع الناس عن عاداتهم حرج .

(١) ومن قال بهذا ابن القيم ، واعتبره في إعلام الموقعين قول الجمهور : ٩/٢ - ١٠ .

(٢) التين الذكر (المحيط) .

قال ابن عابدين : وأفتى الحلواني بالجواز ، وزعم أنه مروي عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الإمام الفضلي (أبو بكر بن الفضل) ونقل عنه أنه قال : أستحسن فيه لتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا يبيع ثمار الكرم بهذه الصفة ، ولهم في ذلك عادة ظاهرة ، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج . هـ

وظاهر كلام الفتح - كما قال ابن عابدين - الميل إلى الجواز ، حيث قال : وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله ، وهو يبيع الورد على الأشجار ، فإن الورد متلاحق ، ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق .

ويسمى ابن عابدين رحمه الله تعالى إلى هذا القول ، ويرى أنه من الضرورة تجويزه ، وإلا لزم تحريم أكل المثار في أكثر البلدان إذ لا تباع إلا كذلك ، ويرى أنه يمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فالنبي ﷺ إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه يبيع المعلوم ، وهنا تحققت الضرورة فيمكن إلحاقه به .

قال الأستاذ أبو سنة : وكون هذا من بيع المعلوم المنهي عنه ، وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه ، لا يمنع من صحة ما أفتوا ، لأن العرف - كما علمنا - يخصص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب (١) .

المسألة الرابعة : بيع الثمار بعد الصلاح بشرط التبقية :

اختلفوا في ذلك :

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنه إذا بدا صلاح الثمر جاز بيعه مطلقاً ، وبشرط القطع والترك على الشجر .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٤٩/٢] : وأما شراء الثمر بعد الزهو فلا خلاف فيه ، والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضي التبقية .

وقال النووي [مغني المحتاج : ٨٨/٢] : يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقاً ، وبشرط قطعه وبشرط إبقائه .

(١) انظر : فتح القدير : ١٠٥/٥ ، ابن عابدين : ٥٥٥/٤ نشر العرف : ٣٧ ، العرف والعادة : ١٢٩ - ١٣١ .

قال في الأم [٤١/٣ - ٤٢] : فإن قيل : فقد يترك الثمر بعد أن يبدو صلاحه ؟
قيل : الثمرة تخالفه في هذا الموضع ، فيكون الثمر إذا بدا صلاحه لا يخرج منه شيء
من أصل شجرته لم يكن خرج ، إنما يزيد في النضج •

وقال الخرقى [المغني : ٦٧/٤] : فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحها على
الترك إلى الجزاز^(١) جاز • قال ابن قدامة : وجملة ذلك : أنه إذا بدا الصلاح
في الثمرة جاز بيعها مطلقاً ، وبشرط التبقية إلى حال الجزاز •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إلى أنه لا يجوز بشرط
التبقية ، فإذا شرطها فسد العقد •

قال في الهداية [١٠٢/٥ - ١٠٣] : ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا
جاز البيع ، وعلى المشتري قطعها في الحال ، وإن شرط تركها على النخيل فسد
البيع • قال : وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله •

٣ - وذهب محمد رحمه الله إلى أنه يجوز بشرط الترك إذا تناهى عظم
الثمرة ، ولا يجوز إذا لم يتناه عظمها • قال في الدر المختار [٥٥٦/٤] : وبه يفتى •

الأدلة :

١ - عمدة القائلين بالجواز :

ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ : (نهى عن بيع الثمرة حتى
يبدو صلاحها) [البخاري : ١٠٠/٣] •

وجه الاستدلال بالحديث : أن النهي وارد على بيع الثمار قبل بدو الصلاح
بشرط التبقية ، لأن الجوائح قد تغتريه ، فيأخذ البائع الثمن بدون مثمن ، والجوائح
إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح ، وهذا يتحقق إذا تركت ، أما إذا
قطعت فلا جوائح •

(١) الجزاز : قطع الثمر •

قال في الأم : وفي سنن رسول الله ﷺ دلائل ، منها : إذ قال : (إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه) أنه إنما نهى عن بيع الثمرة التي تترك حتى تبلغ غاية إبانها ، لا أنه نهى عما يقطع منها ، وذلك أن ما يقطع منها لا آفة عليه تمنعه ، إنما منع ما يترك مدة تكون فيه الآفة . هـ

وإذا كان النهي عن البيع قبل بدو الصلاح وبشرط التبقية دل الحديث بمفهومه على جواز بيعه بهذا الشرط بعد بدو الصلاح ، وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا يكون لذكره فائدة . ويؤيد هذا الاستدلال ما روي في رواية أخرى : أن النبي ﷺ : (نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة)^(١) فتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية ، لأن ما يقطع في الحال لا يخاف عليه العاهة ، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة^(٢) .

٢ - عمدة القائلين بالفساد مطلقاً :

— أنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، لأن مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه ، فهو وشرط القطع سواء ، فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير . وأما المنفعة فهي زيادة النمو والنضج .

— أن في هذا البيع صفقة في صفقة ، لأنه إن شرط تركه بلا أجره فهو إعارة في البيع ، وإن شرط تركه بأجره فهو إجارة في بيع ، وكلاهما منهي عنه .

قال صاحب العناية : وفيه تأمل ، لأن ذلك يكون صفقة أن لو جازت إعارة الأشجار أو إيجارتها ، وليس كذلك^(٣) .

(١) أبو داود : ٢٢٧/٢ ولفظه : نهى عن بيع النخل حتى ترهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة . [ترهو : يحمر أو يصفر] .

(٢) بداية المجتهد : ١٤٩/٢ ، المفني : ٦٧/٤ ، مفني المحتاج : ٨٨/٢ ، الأم : ٤١/٣ - ٤٢ .

(٣) ابن عابدين : ٥٥٦/٤ ، الهداية وشروحها : ١٠٣-١٠٢/٥ ، نشر العرف : ٣٨ .

٣ - وعمدة من قال بجوازه فيما تنهى عظمه العرف الجاري في هذا .

قال في الهداية : واستحسنه محمد رحمه الله للعادة . قال صاحب العناية :
وأما محمد فقد استحسن هذه الصورة وقال : لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك ،
قال ابن الهمام : وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل ، لأنهم تعارفوا
بالتعامل كذلك فيما تنهى عظمه ، فهو شرط يقتضيه العقد .

والظاهر - عند الحنفية - أن الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى ، حيث
قال في الدر المختار : وبه يفتى ، وذكر ابن الهمام أن الطحاوي اختاره لعموم البلوى^(١) .

المسألة الخامسة : بيع الثمار مطلقاً قبل بدو الصلاح :

اختلفوا فيما لو باع ثمرة قبل أن يظهر صلاحها ، ولم يقيد العقد بشرط القطع
ولا بشرط الترك ، هل يصح هذا العقد ؟

١ - ذهب مالك - في المشهور عنه - والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى
إلى أنه لا يصح العقد .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٤٩/٢] : واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في
هذه الحال - أي قبل بدو الصلاح - هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على
التبعية الممنوعة ؟ ... قال : والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبعية .
وقال في الشرح الكبير [١٧٧/٣] : لا يبعه - أي لا يصح بيع الثمر -
منفرداً قبل بدو صلاحه على شرط التبعية ، أو على الإطلاق من غير بيان جذ (٢) ولا
تبعية ، فلا يصح .

وقال النووي [المنهاج : ٨٨/٢] : وقبل الصلاح : إن بيع منفرداً عن الشجر
لا يجوز إلا بشرط القطع . وقال في المجموع [٣٢٢/١١] في حالات البيع قبل

(١) المراجع السابقة .

(٢) قطع للثمر .

الصلاح : القسم الثالث : أن يبيعها مطلقاً لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية ، فمذهبنا أن البيع باطل .

وقال ابن قدامة [المغني : ٦٣/٤] في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها : القسم الثالث : أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية ، فالبيع باطل .

وعمدة هذا القول هو النهي الوارد عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح . وهو ما سبق ذكره عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها [البخاري : ١٠٠/٣]^(١) .

وجه استدلالهم بالحديث : أن النهي ورد مطلقاً ، فيتناول المطلق والمقيد ، واستثني ما شرط فيه القطع للإجماع على جوازه ، ولمفهوم قوله ﷺ : (أرأيت إن منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه) [انظر الأم : ٤١/٣ - ٤٢] .

وأيد النووي هذا الاستدلال من وجهين :

— أن النهي توجه إلى المعهود من البيوع ، والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجهاً إلى المطلق دون المقيد .

— أن العرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ ، فصار المطلق كالمشروط التبقية ، وهو ممنوع بالاتفاق^(٢) .

وهذا — كما نرى — احتجاج من النووي رحمه الله تعالى في هذه المسألة بالعرف ، وإعمال لقاعدة : المعروف كالمشروط ، لأن هذا العرف عام .

٢ — وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه يصح البيع ، ويجبر على القطع في الحال . وهذا عندهم سواء فيما يبيع قبل بدو الصلاح أم بعده .

قال في الهداية : ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع ، وعلى المشتري قطعها في الحال ، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع .

(١) ذكر النووي في المجموع أحاديث عدة من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح : ٣١٨-٣١٧/١١ .

(٢) المراجع السابقة .

وحجتهم في هذا أن إطلاق العقد يقتضي القطع ، لأنه هو المأذون فيه ، وحمل
العقد على الصحة أولى • [الهداية : ١٠٢/٥ ، ابن عابدين : ٥٥٦]

المسألة السادسة : بيع الثمار مطلقاً وقد جرى العرف بالترك :

إذا باع الثمار مطلقاً دون شرط قطع أو ترك - وقد جرى العرف بتركها -
فبناء على ما سبق في المسألتين السابقتين :

مذهب الأئمة الثلاثة : إن كان قبل بدو الصلاح لا يصح البيع ، وإن كان بعد
بدو الصلاح جاز •

وأما مذهب الحنفية : فبناء على القاعدة المقررة عندهم : المعروف عرفاً كالمشروط
شرطاً ، يقتضي هذا العرف أن يكون الترك مشروطاً ، ومقتضى هذا أن يفسد هذا
البيع ، لأن بيع الثمار بشرط الترك فاسد عندهم ، سواء كان قبل بدو الصلاح أم
بعده • قال في الدر المختار : لو شراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الزيادة ،
قال ابن عابدين : ظاهره ولو كان الترك متعارفاً ، مع أنهم قالوا : المعروف عرفاً
كالمشروط نصاً ، ومقتضاه فساد البيع وعدم الزيادة فتأمل • هـ

ورجع ابن عابدين في نشر العرف جوازه ، عملاً بمدلول العرف الذي أجاز
بيع الثمار بعد ظهور بعضها • فإنه قال : وينبغي جوازه بناء على ما مر ، فإنه حيث
جاز - للعرف - بيع المعلوم - مع أن بيعه باطل لا فاسد - فيجوز البيع مع هذا
الشرط بالأولى ، فتأمل ذلك ، واعمل بما يظهر لك ، فإنني لا أجزم بما قلته ، لأنني
لم أر من صرح به ، والفكر خوان • هـ

قال الأستاذ أبو سنة : ويمكن أن يقال : إن العرف الذي جعل ترك الثمار
والرطوبة شرطاً صريحاً في البيع ، هو بعينه يجعل هذا الشرط متعارفاً ، فيكون بيعاً
بشرط متعارف ، فيصح استحساناً ، وتحل الزيادة ، أذن البائع في الترك أو لم
يأذن^(١) • هـ

(١) الهداية : ١٠٢/٥ ، ابن عابدين : ٥٥٦ ، وانظر : نشر العرف والعادة : ١٧١ •

وذلك أن الشرط الفاسد إذا جرى به العرف أصبح صحيحاً ، ويلزم العمل به ،
ويصح العقد معه استحساناً • [العرف والعادة : ١٦٥ ، ونشر العرف : ٣٨]

المسألة السابعة : المعيار في أموال الربا :

الأصل أن المعقود عليه تجب مساواته للبدل إن كانا من الأموال الربوية واتحد
جنسهما • والمساواة إنما تكون بالمعيار الشرعي ، وهو الكيل فيما يكال ، والوزن
فيما يوزن • فلا يجوز التساوي بالوزن فيما يكال ، ولا بالكيل فيما يوزن • وهذا
مأخوذ من خلاف فيه بين الأئمة الأربعة • [العرف والعادة : ١٤٠]

وإنما اختلفوا في تعيين المعيار في كل مال من أموال الربا :

١ - ذهب مالك وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف - في رواية
عنه - رحمهم الله تعالى إلى : أن ما نص الشارع على أنه مكيل فهو مكيل أبداً ،
وما نص على أنه موزون فهو موزون أبداً • وما لم ينص الشارع عليه فالمعتبر فيه
ما جرى به عرف الناس في الأسواق في كل بلد •

قال في الشرح الكبير [٥٣/٣] : واعتبرت المماثلة المطلوبة في الربويات
بمعيار الشرع ، فما ورد عنه في شيء أنه كان يكال - كالقمح - فالمماثلة فيه بالكيل
لا بالوزن ، وما ورد عنه في شيء أنه كان يوزن - كالنقد - فالمماثلة فيه بالوزن
لا بالكيل ، فلا يجوز بيع قمح بقمح وزناً ، ولا نقد بنقد كيلاً •

وإلا يرد عن الشرع معيار معين في شيء من الأشياء فبالعادة العامة : كاللحم
فإنه يوزن في كل بلد ، أو الخاصة : كالسمن واللبن والزيت والعسل ، فإنه يختلف
باختلاف البلاد ، فيعمل في كل محل بعادته •

وقال في الهداية [٢٨٢/٥ - ٢٨٣] وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم
التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً ، وإن ترك الناس الكيل فيه ، مثل : الحنطة
والشعير والتمر والملح • وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون

أبداً ، وإن ترك الناس الوزن فيه ، مثل الذهب والفضة • قال : وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس •

٢ - وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أن ما غلبت عادة الحجاز بكيله أو وزنه في عهد رسول الله ﷺ فهو كذلك أبداً ، وإن أحدث الناس عرفاً على خلافه •

وما لم يكن فيه عادة بالحجاز على عهده ﷺ - أو كان ولم يعرف - ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به في الحجاز •

الثاني : أنه يراعى فيه عادة بلد البيع • وهذا هو الأرجح لدى الشافعية •

قال في الأم [٧٠/٣] : وأصل الوزن والكيل بالحجاز ، فكل ما وزن على عهد النبي ﷺ فأصله الوزن ، وما كيل فأصله الكيل ، وما أحدث الناس منه مما يخالف ذلك رد إلى الأصل •

قال النووي بعد ذكره هذا النص [المجموع : ٢١٥/١٠] : واتفق الأصحاب على ما قاله الشافعي رحمه الله ، وأنه إن أحدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار به •

وجاء في المجموع : وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن ، نظرت : فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن ، لأنه لا يمكن غيره •

وإن كان مما يمكن كيله ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز ، فإن كان مكيلاً لم يجز بيعه إلا كيلاً ، وإن كان موزوناً لم يجز بيعه إلا موزوناً •

والثاني : أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع •

وإن كان مما يمكن كيله ووزنه ففيه وجهان أيضاً :

قال : والوجه الثاني ، وهو الرجوع إلى العادة ، قال الرافعي : إنه الأشبه ، وقال

الغزالي : إنه الأفقه . وهو الذي جزم به الماوردي ، وجعل محل الخلاف فيما لاعادة فيه ، أو كانت العادة مستوية فيه (١) .

وقال في المنهاج [٢٤/٢] : وما جهل يراعى فيه عادة بلد البيع .

وقال ابن قدامة [المغني : ٦/٤ - ١٧] : فصل في معرفة المكيل والموزون ، والمرجع في ذلك إلى العرف بالحجاز في عهد النبي ﷺ .

وقال : وما لا عرف له بالحجاز ، يحتمل وجهين :

أحدهما : يرد إلى أقرب الأشياء شبيهاً به بالحجاز .

والثاني : يعتبر عرفه في موضعه .

٣ - وذهب أبو يوسف رحمه الله تعالى - في الرواية الثانية عنه - إلى أن المعتبر هو عرف الناس في المنصوص عليه وغيره .

قال في الهداية [٢٨٣/٥] : وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً .

الأدلة :

١ - حجة الجميع في المواطن التي قالوا يرجع فيها إلى العرف - ما عدا الرواية الثانية عن أبي يوسف - أن المعهود من الشرع في كل ما لم يرد فيه حد معين أنه يرجع إلى العرف ، كالقبض والإحراز والتفريق وغيره .

لأن العرف يكون بمنزلة الإجماع عند عدم النص ، ولا سيما إذا كان عاماً (٢) .

٢ - واحتج أبو حنيفة ومالك ومن تابعهما : بأن الواجب في المنصوص عليه اتباع النص لا غيره ، ولا عبرة بالعرف الجاري على خلاف النص ، وذلك لأن :

(١) المجموع : ٢٢١/١٠ ، ٢٢٤ (بني من التصرف) .

(٢) المراجع السابقة المذكورة لدى ذكر النصوص .

— العرف يجوز أن يكون على باطل ، والنص بعد ثبوته حق أبداً لا يحتمل أن يكون على باطل .

— حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط ، والنص حجة على الجميع .

— العرف إنما صار حجة بالنص ، وهو قوله ﷺ : (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) (١) .

وبهذا يثبت أن النص أقوى من العرف ، والأقوى لا يترك بالأدنى (٢) .

٣ — واحتج الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى فيما فيه للحجاز عرف :

أ — بما رواه أبو داود [٢٢٠/٢] : عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : (المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة) .

ووجه الاستدلال به : أن الرسول ﷺ إنما بعث لبيان الأحكام فيحمل كلامه على ذلك ، وليس المراد أنه لا يكال إلا بكيل المدينة ولا يوزن إلا بوزن مكة ، وإنما المراد أن المرجع في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً إلى هذين البلدين ، ولأن ما كان مكيلاً أو موزوناً في هذين البلدين في زمن النبي ﷺ انصرف التحريم في التفاضل إليه ، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك .

ب — أن ما ورد به الشرع مطلقاً ، وليس له حد في الشرع ولا في اللغة ، يرجع فيه إلى العرف والعادة ، وأولى العادات ما كان في زمنه ﷺ . والظاهر أنه ﷺ اطلع على ما كان في زمنه من المعيار — في هذين البلدين — وأقره ، فأصبح عرف الحجاز ثابتاً بالسنة القولية والتقريرية ، ولا عبرة بعرف الناس على خلاف السنة . [المجموع : ١٠/٢١٣ — ٢١٦ ، المغني ٤/١٦ — ١٧] .

(١) مر معنا في أكثر من موضع ، وأنه موقوف على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه . (انظر دليل اعتبار العرف) .

(٢) الهداية وشروحها : ٥/٢٨٢ — ٢٨٣ .

٤ - وحجة القول برد ما لا عرف فيه في الحجاز إلى أقرب الأشياء شبيهاً به :
 أن هذا هو المرجع في الأمور التي يقع فيها الاشتباه ، فالقياس أن ترد إلى أشبه
 المنصوص عليه بها ، كما يحكم في جزاء الصيد - فيما لم يحكم به الصحابة -
 بأشبه الأشياء بما حكمت فيه . وإذا ثبت أن المرجع إلى الحجاز في المعيار ، وليس
 له فيها أصل فنعتبر ما يشبهه ، محافظة على ذلك ، ولو اعتبرناه ببلده لفات ذلك
 بالكلية [المجموع : ١٠/٢٢٤ ، المغني : ٤/١٧] .

٥ - وحجة الرواية الثانية عن أبي يوسف : أن العرف الطاريء إنما يترك
 لوقام النص على خلافه ، وما هنا ليس كذلك ، لأن نصه ﷺ على المعيار مبني على
 على العرف الذي كان ، ومعلول به ، حتى لو كان العرف هو الوزن في المكيل ،
 والمكيل في الموزون لورد النص على وفقه ، ولو تغير في حياته ﷺ لتغير النص ،
 وحيث كان معلولاً بالعرف فهو مدار المعيار أبداً ، فإذا تبدل وجب أن يثبت الحكم
 على وفاقه . [الهداية وشروحها : ٥/٢٨٣ ، العرف والعادة : ١٤١] .

المسألة الثامنة : عقد الاستصناع :

هو أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده ، على وجه خاص ، كما
 إذا طلب شخص من حداء أن يصنع له حداءً ، والجلد وما يلزم من عنده ، ويبين
 له صفته ومقداره ، ولا يذكر له أجلاً ، ويسلم إليه الدراهم أو لا يسلم .
 [كشف الأسرار : ٥/٤]

١ - ذهب الحنفية إلى صحة هذا العقد ، وعمدتهم في ذلك العرف ، ولذلك
 قصرُوا الجواز على ما جرى به التعامل ، ومضى العرف باستصناعه . واعتبروا
 القول به نوعاً من الاستحسان الثابت بالإجماع العملي .

قال السمرقندي : ثم تفسير الاستصناع : هو عقد على مبيع في الذمة ،
 وشرط عمله على الصانع . والقياس : أن لا يجوز ، وفي الاستحسان : جائز ،
 لتعامل الناس ، فلا جرم اختص جوازه بما فيه تعامل ، كما في الخف والقلنسوة
 والأواني ونحوها ، بعد بيان القدر والصفة والنوع . [تحفة الفقهاء : ٢/٥٣٨]

وقال في الهداية : ولا بأس بالسلم في طست أو قمقم أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف ، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه • ثم قال : وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا ، للإجماع الثابت بالتعامل • قال صاحب العناية : فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام • [الهداية وشروحها : ٣٥٤/٥ - ٣٥٥]

وقصروا الجواز على ما تعارف الناس استصناعه لأنه معدول به عن القياس الذي يقتضي عدم جوازه ، لأنه بيع معدوم ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم^(١) • وهذا ليس بسلم ، لأنه لم يضرب له أجل • [المراجع السابقة]

ولهذا يشترط أن يكون العرف المجوز للاستصناع عرفا عاما ، لأنه مخصص للنص الشرعي • [العرف والعادة : ١٣٣]

واختلفوا فيما إذا ضرب الأجل في هذا العقد : فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : ينقلب سلما ويشترط فيه ما يشترط في السلم ، لأنه إذا ذكر الأجل فيه يستجمع جميع معاني السلم ، والعبرة للمعنى لا للفظ • وخالفه في ذلك صاحبان • [المراجع السابقة]

هذا هو رأي الحنفية في هذا العقد ودليلهم فيه •

٢ - وأما غيرهم من المذاهب الفقهية المعتمدة : فالمشهور عنهم أنهم لا يقولون بصحة هذا العقد • إلا أن الرجوع إلى كتبهم يبين أنهم يوافقون الحنفية في هذا على وجه الإجمال ، وإن خالفوهم في المسلك وبعض الشروط • فهو يصح عندهم من باب السلم لا البيع ، فيشترط فيه ما يشترط في السلم ، ويفسده ما يفسده • فعند المالكية : يجوز أن يستصنع السيف أو السرج وما شابهه ، ويشترط في ذلك ما يشترط في السلم عندهم •

(١) انظر تخريجه في المسألة الثالثة . ص : ٢٩٤ حاشية ١ .

فقد جاء في الشرح الكبير وحاشية الدسوقي [٢١٧/٣] : أنه يجوز الشراء من الحداد والتجار والحبائك ، وهو سلم يشترط فيه ما يشترط في السلم : من تعجيل رأس المال ، وضرب الأجل ، وعدم تعيين العامل والمعمول منه ، وكذلك استصناع السيف والسرّج سلم ، كأن تقول لإنسان : اصنع لي سيفاً ، أو سرّجاً صفته كذا بدينار ، فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل ، وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه . هـ

وكذلك الأمر عند الحنابلة : بل ويصح عندهم بلفظ البيع والسلم ، وحالا وإلى أجل ، وإليك من كلامهم ما يدل على هذا :

قال ابن قدامة [المغني : ٢٠٧/٤ ، ٢٠٩ ، ٢١٩] : في تعريف السلم : وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ، وهو نوع من البيع يتعقد بما يتعقد به البيع ، ولفظ السلم والسلف ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع .

وقال : ويصح السلم في النشاب والنبل ، وقال القاضي : لا يصح السلم فيهما ، لأنه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وريش ونعل ، فجرى مجرى أخلاط الصيدلة ، ولأن فيه ريشاً نجساً ، لأن ريشه من جوارح الطير .

وقال : ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً ، فصح السلم فيه ، كالخشب والقصب ، وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ، ولا يتفاوت كثيراً ، فلا يمنع ، كالثياب المنسوجة من جنسين . وقد يكون الريش طاهراً ، وإن كان نجساً لكن يصح بيعه ، فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار .

وقال : إذا ثبت هذا ، فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة صح ، ومعناه معنى السلم ، وإنما اختلفا في اللفظ . هـ

وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فإنه يصح عنده في كل ما ينضبط المقصود منه بالوصف ، سواء أكان حالاً أم مؤجلاً ، وإنما يشترط فيه تسليم رأس المال في المجلس ، لأنه سلم .

قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم [١١٦/٣] مينا ما يجوز من ذلك وما لا يجوز :

ولا بأس أن يسلفه في : طست أو تور^(١) من نحاس أحمر أو أبيض أو شبه^(٢) أو رصاص أو حديد ، ويشترطه بسعة معروفة ومضروبا أو مفرغا ، وبصنعة معروفة ، ويصفه بالخانة أو الرقة ، ويضرب له أجلا كهو في الثياب ، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده .

قال : وكذلك كل إناء - من جنس واحد - ضبطت صفته فهو كالطست والقسم . قال : ولو كان يضبط أن يكون مع شرط السعة وزن كان أصح ، وإن لم يشترط وزنا صح إذا اشترط سعة ، كما يصح أن يتناع ثوبا بصنعة وشي^(٣) وغيره بصفة وسعة ، ولا يجوز فيه إلا أن يدفع ثمنه ، وهذا شراء صفة مضمونة ، فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها ، وتكون على ما وصفت .

قال : ولو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد ، أو نحاس ورصاص ، لم يجز ، لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما ، وليس هذا كالصبغ في الثوب لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته ، وهذه زيادة في نفس الشيء المصنوع . قال : وهكذا كل ما استصنع .

قال : ولا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة ، وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها ولا صفته ، ولا يوقف على حد بطاقتها ، ولا تشتري هذه إلا يدا بيد .

ولا خير في أن يسلفه في خفين ، ولا نعلين مخروزين ، وذلك أنهما لا يوصفان بطول ولا عرض ، ولا تضبط جلودهما ، ولا ما يدخل فيهما ، وإنما يجوز في هذا أن يتناع النعلين والشراكين ويستأجر على الحدو ، وعلى خراز الخفين .

(١) إناء كان معروفا لديهم .

(٢) الشبه من المعادن ما يشبه الذهب في لونه ، وهو أرفع أنواع النحاس .

(٣) الوشي : ترقيم الثياب وت نقشها .

ولا بأس أن يتناع منه صحافا أو قداحا - من نحو معروف ، وبصفة معروفة ،
وقدر معروف من الكبير والصغر والعنق والضيق - ويشترط أي عمل ، ولا بأس إن
كانت من قوارير^(١) ، ويشترط جنس قواريرها ، ورقته وثخاته ، ولو كانت القوارير
بوزن مع الصفة كان أحب إلي وأصح للسلف ، وكذلك كل ما عمل فلم يخلط بغيره .
والذي يخلط بغيره النبل ، فيها ريش ونصال وعقب ورؤمة^(٢) ، والنصال
لا يوقف على حده ، فأكره السلف فيه ولا أجيزه .

قال : ولا بأس أن يتناع آجرا بطول وعرض وثخانة ، ويشترط من طين معروف
وثخانة معروفة ، ولو شرط موزونا كان أحب إلي ، وإن تركه فلا بأس إن شاء الله
تعالى ، وذلك أنه إنما هو بيع صفة ، وليس يخلط بالطين غيره مما يكون الطين
غير معروف القدر منه ، إنما هو يخلطه الماء ، والماء مستهلك فيه ، والنار شيء ليس
منه ولا قائم فيه ، إنما لها فيه أثر صلاح ، وإنما باعة بصفة .

ولا خير في أن يتناع منه لبنا على أن يطبخه ، فيوفيه إياه آجرا ، وذلك أنه
لا يعرف قدر ما يذهب في طبخه من الحطب ، وأنه قد يتلهوج^(٣) ويفسد ، فإذا
أبطلناه على المشتري كنا قد أبطلنا شيئا استوجه ، وإن ألزماه إياه ألزماه بغير
ما شرط لنفسه . اهـ .

وإنما صح عند الشافعي ، سواء ضرب له أجل أم لم يضرب ، لأنه سلم -
كما رأينا - والسلم لا يشترط فيه الأجل عنده ، وإنما يصح حالا وبأجل .

قال رحمه الله تعالى [الأم : ٣٢/٢] : ولا بأس بالسلف في كل ما أسلف
فيه حالا أو إلى أجل ، إذا حل أن يشتري بصفة إلى أجل حل أن يشتري بصفة نقدا .
وقال [الأم : ٨٥/٢] : فالسلف بيع مضمون بصفة ، فإن اختار أن يكون
إلى أجل جاز ، وأن يكون حالا ، وكان الحال أولى أن يجوز ، لأمرين :

(١) قوارير : جمع قارورة ، وهي إناء من زجاج .

(٢) رؤمة : غراء يلصق به ريش السهم .

(٣) لا يشوي جيدا ولا يحسن طبخه .

أحدهما : أنه مضمون بصفة ، كما كان الدين مضمونا بصفة .

والآخر : أن ما أسرع المشتري في أخذه كان من الخروج من الفساد بغير وعارض أولى من المؤجل . هـ [وانظر مغني المحتاج : ١٠٢/٢ - ١٠٩]

وعلى هذا نجد أن عقد الاستصناع في المذاهب الثلاثة - على الصفة التي ذكرناها لدى كل منها - مشروع بمشروعية السلم ، وأدلتها أدلة السلم .
[انظر العرف والعادة : ١٣١ - ١٣٣]

المسألة التاسعة : استحقاق الصانع الأجر :

الأصل في الإجارة أن تكون على منفعة معلومة وأجر معلوم يذكر عند إنشاء العقد ، واختلف العلماء فيما إذا استؤجر الأجير على عمل ، ولم تذكر الأجرة عند العقد ، وقام بالعمل ، هل يستحق الأجر أو لا ؟

وهذا يجري في استصناع الصانع : كالخياط والصباغ والقصار ، يأتي صاحب الثوب وغيره فيدفعه إلى الصانع دون أن يتعرضا للأجر ، ويقوم الثاني بالعمل .

١ - ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يستحق أجر المثل ، إذا كان منتصبا للعمل ، وكان معروفا عنه أنه يعمل بالأجر . وعمدتهم في ذلك أن العرف الجاري في هذا يقوم مقام القول ، عملا بالقاعدة : المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

واستحقاق الأجر - عند الحنفية - إنما هو على قول محمد . قال صاحب البداية [٢١٩/٧] : وإن قال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر ، وقال الصانع بأجر ، فالقول قول صاحب الثوب ، وقال أبو يوسف : إن كان الرجل حريفا له فله الأجر وإلا فلا ، وقال محمد : إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله . [وانظر العرف والعادة : ١٦٩]

وقال ابن قدامة [المغني : ٤١٥/٥] : إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره ، من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر - مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله ، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر - وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ، ففعلا ذلك ، فلهما الأجر .

وقال مستدلا بهذا : ولنا أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول ، فصار
كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما ، أو جلس في سفينة مع ملاح • وقال : ومتى
دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ولم يقاطعه على أجر ، فله أجر المثل • هـ

والظاهر أن المالكية يوافقون الحنفية والحنابلة في هذه المسألة ، يدل على
ذلك تنزيلهم العرف الجاري منزلة الشرط عند العقد في كثير من الفروع الفقهية^(١) •
وأما بخصوص ما نحن فيه : فقد ذكروا : أنه إذا دفع إنسان شيئا إلى صانع ، وقام
هذا بصناعته ، ثم ادعى صاحب الشيء أنه دفعه إليه وديعة ، فالقول قول الصانع ،
ويستحق أجره المثل •

قال في الشرح الكبير [٥٥/٤ - ٥٦] : والقول للأجير الصانع فيما بيده أنه
استصنع ، وقال ربه : وديعة عندك ، لأن الشأن فيما يدفع للصانع الاستصناع ،
والإيداع نادر فلا حكم له • قال في الحاشية : وعندها يستحق أجره المثل • هـ

هذا إذا كان يدعي أنه دفعها إليه وديعة - وواضح أنه لم يذكر أجره - فكيف
إذا دفعها ليستصنعها ؟ • فيستحق الأجرة من باب أولى •

٢ - وذهب جمهور الشافعية - على الأصح المنصوص في المذهب - إلى أن
الصانع لا يستحق شيئا ويعتبر متبرعا ، لأن صاحب الثوب وغيره لم يلتزم للصانع
عوضا ، وطالما أنه لم يلتزم عوضا فالصانع متبرع ، والمتبرع لا يستحق تعويضا
عما تبرع به •

قال السيوطي في الأشباه [١٠٩] : مسألة : استصناع الصانع الجارية عادتهم بالعمل
بالأجرة ، لا يستحقون شيئا ، إذا لم يشروطوه في الأصح • ومن أمثلة ذلك : أن
يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه ، أو قصار ليقصره ، أو جلس بين يدي حلاق فحلق
رأسه أو دلكه ، أو دخل سفينة يأذن وسار إلى الساحل • وقال في موطن
آخر [١٠٦] : لو دفع ثوبا - مثلا - إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجره ، وجرت

(١) انظر تبصرة الحكام : ٦١/٢ وما بعدها •

عادته بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ، خلاف ، والأصح في المذهب : لا .

وقال النووي [المنهاج : ٣٥٢/٢] : ولو دفع ثوبا إلى قصار ليقصره أو خياط ليخطه ففعل ، ولم يذكر أجرة فلا أجرة له . اهـ .

هذا هو قول جمهور الشافعية ، واختار بعضهم — منهم ابن عبد السلام والغزالي والرويانى والرافعي — القول بوجوب أجرة المثل إن كان معروفاً بذلك العمل بأجرة ، كما هو عند الحنفية والحنابلة ، عملاً بدلالة العرف وإقامته مقام اللفظ .

قال ابن عبد السلام [قواعد الأحكام : ١٢٦/٢] : استصناع الصانع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة ، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة ، كالدلال والحلاق والفاصد والحجام والنجار والحمال والقصار ، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة ، لدلالة العرف على ذلك .

وقال الخطيب في شرحه على المنهاج [٣٥٢/٢] : وقيل : إن كان معروفاً بذلك العمل بأجرة فله أجرة المثل . وقال : وقد يستحسن هذا الوجه ، لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ — كما في نظائره — وعلى هذا عمل الناس . وقال الغزالي : إنه الأظهر ، وقال الشيخ عز الدين : إنه الأصح ، وحكاه الرويانى في الحلية عن الأكثرين وقال : إنه الاختيار ، وقال في البحر : وبه أقتي ، وأفتى به خلائق من المتأخرين . اهـ .

وقال السيوطي بعد ذكره الأصح في المذهب : واستحسن الرافعي مقابله .

المسألة العاشرة : حكم نماء الرهن وزوائده :

اتفق العلماء على أن نماء الرهن وزوائده هي للراهن ، متصلة كانت أو منفصلة واختلفوا في الزوائد المنفصلة — كالثمر وولد الحيوان — التي تحدث في يد المرتهن ، هل تدخل في الرهن وتكون رهنا كالأصل أولا ؟ .

١ — ذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه لا يدخل شيء من الزوائد

المنفصلة في الرهن ، وإنما هي خارجة عنه ، ومن حق الراهن أخذها ، وليس للمرتهن حبسها .

قال في الأم [١٤٤/٣ - ١٤٥] : وإذا رهن الرجل الجارية حبلى فولدت ، أو غير حبلى فحبلت وولدت ، فالولد خارج من الرهن .

وقال : وهكذا إذا رهنه الماشية مخاضاً فتنتجت^(١) أو غير مخاض فمخضت وتنتجت ، فالنتاج خارج من الرهن . وكذلك لو رهنه شاة فيها لبن ، فاللبن خارج من الرهن لأن اللبن غير الشاة .

وقال : وهكذا لو رهنه نخلاً أو شجراً فأثمرت ، كانت الثمرة خارجة من الرهن .

وقال : وإذا رهنه ماشية عليها صوف أو شعر أو وبر : فإن أراد الراهن أن يجزئه فذلك له .

وقال : وكسب الرهن كله للراهن ، ليس للمرتهن أن يحبس شيئاً عنه .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أن جميع ما كان من زوائد الرهن ونسائه في يد المرتهن يكون رهناً كأصله .

قال في الهداية [٢٤٠/٨] : ونماء الرهن للراهن ، وهو مثل الولد والشر واللبن والصوف ، لأنه متولد من ملكه ، ويكون رهناً مع الأصل .

وقال الخرقى [المغني : ٢٩١/٤] : وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمرات الشجرة المرهونة من الرهن . قال ابن قدامة : وجملة ذلك : أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده ، كالأصل .

٣ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أن ما كان من النماء المنفصل على خلقه الرهن وصورته - أكالولد - يدخل في الرهن ، وما لم يكن كذلك - كالثمرات وغيرها - لا يدخل في الرهن إلا إذا شرطه المرتهن .

(١) مخاضاً : حاملاً ، فنتجت : ولدت . والنتاج الحمل المولود .

جاء في الموطأ [٧٢٩/٢] : قال يحيى : سمعت مالكا يقول : فيمن رهن حائطا له إلى أجل مسمى ، فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل : إن الثمر ليس برهن مع الأصل ، إلا أن يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه • وإن الرجل إذا ارتهن جارية وهي حامل ، أو حملت بعد ارتهانه إياها ، إن ولدها معها • اه •

الأدلة :

١ — عمدة الشافعي رحمه الله تعالى : أن حق المرتهن متعلق برقبة الرهن ولم يتعلق بغيره ، وما يحدث من الزوائد المنفصلة غير رقبته — فالولد غير الأم ، والثمرة غير الشجرة ، وكذلك اللبن والصوف — فلا يسري إليه حق المرتهن ولا يدخل في الرهن •

قال في الأم [١٤٤/٣] : وأصل معرفة هذا أن للمرتهن حقا في رقبة الرهن دون غيره ، وما يحدث منه — مما قد يتميز منه — غيره •

— ما رواه الشافعي رحمه الله تعالى عن سفيان عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : الرهن مركوب ومحلوب • [البخاري : ١٨٧/٣]

قال الشافعي [١٤٥/٣] : يشبه قول أبي هريرة — والله تعالى أعلم — أن من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن درها وظهرها ، لأن له رقبته ، وهي محلوبة ومركوبة كما كانت قبل الرهن ، ولا يمنع الراهن برهنه إياها من الدر والظهر — الذي ليس هو الرهن — بالرهن الذي هو غير الدر والظهر •

٢ — وعمدة الحنفية : أن الفروع تابعة للأصول فيثبت لها حكم الأصول ، ونماء الرهن تابع له فيثبت له حكمه ، وفي الرهن وصفان لازمان وهما : الملك ، وكونه رهنا ، فيسريان إلى الثمار ، فيكون ملكا للراهن ويدخل في الرهن ، لأن الأصل عندهم أن الأوصاف المستقرة في الأمهات تسري إلى الأولاد : إذا كانت صالحة لأحكامها • [الهداية وشروحا : ٢٣٥/٨ — ٢٤٠]

وبمثل هذا احتج الحنابلة ، وقالوا أيضا :

إن حكم الرهن يثبت في العين بعقد المالك ، فيدخل فيه النماء والمنافع ، كالمالك بالبيع . وكذلك : النماء حادث من عين الرهن فيسري إليه حكم الرهن ، كالنماء المتصل . [المغني : ٢٩٢/٤]

٣ - واعتمد مالك رحمه الله تعالى في التفريق بين الولد وغيره من الزوائد على أمرين :

أ - قياس الرهن على البيع ، وذلك أن الثمر الذي على الشجر لا يتبع بيع الشجر إلا إذا شرطه المشتري ، بينما يدخل الجنين في بيع أمه من غير شرط ، ودليل ذلك التفريق في البيع : السنة وإجماع أهل المدينة .

قال في الموطأ [٧٢٩/٢] : وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية : أن رسول الله ﷺ قال : من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع .

وقال : والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا : أن من باع وليدة ، أو شيئاً من الحيوان وفي بطنها جنين : أن ذلك الجنين للمشتري ، اشترطه المشتري أو لم يشترطه ، فليست النخل مثل الحيوان ، وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه . اهـ .

ب - والأمر الثاني : هو العرف ، وذلك أن الناس يرهنون المثر دون الشجر ، بينما لا يرهنون الأجنة في بطون أمهاتها . وذلك تفريق ظاهر بين نماء الحيوان وغيره .

قال في الموطأ [٧٣٠/٢] : ومما يبين ذلك أيضاً : أن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل ، وليس يرهن أحد من الناس جنيناً في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب . اهـ .

المسألة الحادية عشرة : رهن الثمرة دون الأصل :

ورهن الثمر دون الشجر مسألة مختلف فيها أيضاً :

١ - فمالك رحمه الله تعالى يجيز ذلك - كما رأينا - وعمدته في ذلك جريان العرف به ، فإنه قال [الموطأ : ٧٣٠/٢] : إن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل . [وانظر بداية المجتهد : ٢٦٩/٢]

وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى ، وإن كان بينهم شيء من الاختلاف في رهن مالم يبد صلاحه .

وعمدت الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى القياس على البيع ، فكل ما جاز بيعه جاز رهنه .

قال في الأم [١٣٤/٣] : وإذا حل بيع الثمر حل رهنه ، إلى أجل كان الحق أو حالا . [وانظر مغني المحتاج : ١٢٤/٢]

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٥٣/٤ ، ٢٥٤] : وكل عين جاز بيعها جاز رهنها . وقال : وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، أو الزرع الأخضر ؟ وجهان :

— أحدهما : يجوز ، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه .

— الثاني : لا يصح ، لأنه لا يجوز بيعه فلا يجوز رهنه ^(١) . اهـ .

٢ — وذهب الحنفية رحمهم الله تعالى إلى أنه : لا يصح مطلقا ، وعمدتهم في ذلك أن موجب الرهن الاحتباس ، وهذا ينتفي في رهن الثمر دون الشجر ، لاختلاف المرهون بغيره .

قال في بداية المبتدئ : ولا يجوز رهن المشاع ، ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل ، ولا زرع الأرض دون الأرض ، ولا رهن النخيل في الأرض دونها .

قال في الهداية : لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة ، فكان بمعنى الشائع . قال صاحب العناية : فإن الأصل الجامع : أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن ، لانتفاء القبض في المرهون وحده ، لاختلافه بغيره . [الهداية وشروحها : ٢٠٣/٨ — ٢٠٥]

(١) وانظر في وجوه بيع الثمر نفس المصدر : ص ٦٣ وما بعدها .

المسألة الثانية عشرة : الحرز في السرقة :

اتفق العلماء على أنه لا يجب القطع في السرقة إلا إذا أخذ المتاع المسروق من حرزه .

واتفقوا أيضا على أنه يرجع في معرفة ما هو حرز وما ليس بحرز إلى العرف .
قال ابن رشد (المالكي) [بداية المجتهد : ٤٤٠/٢] : والحرز عند مالك بالجملة ، هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه .

وقال ابن الهمام (الحنفي) [فتح القدير : ٢٣٨/٤] : الحرز ما عد عرفا حرزا للأشياء ، لأن اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه ، فيعلم به أنه رد إلى عرف الناس فيه .

وقال الشافعي [الأم : ١٣٥/٦] : وأتظر إلى المسروق ، فإن كان في الموضع الذي سرق منه تنسبه العامة إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فأقطع فيه ، وإن كانت العامة لا تنسبه إلى أنه في مثل ذلك الموضع محرز فلا يقطع فيه .

وقال ابن قدامة (الحنبلي) [المغني : ١١١/٩] : والحرز ما عدَّ حرزا في العرف ، فإنه لما ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه ، علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف ، لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته ، فيرجع إليه . اهـ .

وعلى الرغم مما ذكرته من اتفاقهم هذا ، فإننا نجدهم يختلفون في بعض المواضع فيما هو حرز وما ليس بحرز ؟ وذلك إما لأن العرف يتفاوت ويختلف ، فينشأ عن ذلك اختلاف . وإما لدليل آخر يقدم العمل به على العرف .

وسأذكر بعض هذه المواطن التي اختلف الأئمة في اعتبارها حرزا وعدم اعتبارها .

١ - الدار المشتركة :

اختلفوا فيما إذا كانت الدار مشتركة ، وأخرج السارق المتاع من البيت إلى صحن الدار هل يقطع ؟ وكذلك إذا سرق من يسكن أحد هذه البيوت من بيت آخر في الدار نفسها ؟

٢ - فذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى أن البيت في الدار المشتركة حرز ، يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرج منه من جميع الدار .

قال في الموطأ [٨٣٧/٢] : الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه ليس معه فيها غيره ، فإنه لا يجب على من سرق منها شيئاً القطع حتى يخرج به من الدار كلها ، وذلك أن الدار كلها هي حرزه . فإن كان معه في الدار ساكن غيره ، وكان كل إنسان منهم يعلق عليه بابه ، وكانت حرزاً لهم جميعاً : فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئاً يجب فيه القطع ، فخرج به إلى الدار ، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه ، ووجب عليه فيه القطع . هـ

ونلاحظ هنا أن هذا القول يدعمه عند مالك رحمه الله تعالى أنه عمل أهل المدينة ، وهو حجة عنده .

وقال الشافعي في الأم [١٣٦/٦ ، ١٣٩] : لو كانت الدار مشتركة ، وأخرج السرقة من البيت والحجرة إلى الدار ، قطع ، لأن المشتركة ليست بحرز لواحد من السكان دون الآخر .

وقال : ولو أسكن رجل رجلاً في بيت ، أو أكرأه إياه فكان يغلقة دونه ، ثم سرق رب البيت منه قطع ، وهو مثل الغريب يسرق منه . هـ

ب - واشترط أحمد رحمه الله تعالى أن يكون باب البيت مغلقاً ، فإن كان مفتوحاً لم يقطع حتى يخرج منه من الدار .

قال ابن قدامة [المغني : ١١٧/٩] : وإذا أخرج المتاع من بيت في الدار أو الخان إلى الصحن ، فإن كان باب البيت مغلقاً ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز ، وإن لم يكن مغلقاً فما أخرجه من الحرز . وقد قال أحمد : إذا أخرج المتاع من البيت إلى الدار يقطع ، وهو محمول على الصورة الأولى . اهـ . على أنه لم يتعرض لذكر ما إذا كانت الدار مشتركة أو غير مشتركة .

ج - واشترط أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى أن تكون الدار عظيمة بحيث يستغني أهل كل بيت ببيتهم عن صحن الدار ، ولا ينتفعون به إلا كاتفاً أهل المنازل بالطريق .

قال في الهداية [٢٤٣/٤] : فإن كانت دار فيها مقاصير ، فأخرجها من المقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة ، وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع .

قال في الفتح : هذا كلام محمد ، وأول بما إذا كانت الدار عظيمة ، فيها بيوت : كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ، ويستغنون به أستغناء أهل المنازل بمنزلهم عن صحن الدار ، وإنما يتفعلون به انتفاعهم بالسكة ، قال : وفي الفتاوى الصغرى : القوم إذا كانوا في دار ، كل واحد في مقصورة على حدة ، عليه باب يغلق ، فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه : إن كانت الدار عظيمة يقطع وإلا فلا . اهـ . وبناء على قول الحنفية هذا يمكننا القول إنه يشترط — الآن — أن يكون كل بيت مستقلاً بمنافعه عن الآخر .

٢ — سرقة أحد الزوجين من الآخر :

اتفق الأئمة على أنه إذا سرق أحد الزوجين من الآخر مالا أو متاعاً ، وكان المسروق في الحرز الذي يسكنان فيه ، ولا يختص به أحدهما دون الآخر ولم يحرزه عنه ، اتفقوا على أنه لا يقطع في هذا . واختلفوا فيما إذا سرق أحدهما من حرز يختص به الآخر ، أو شيئاً أحرزه عنه ، هل يقطع أو لا ؟

أ — ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه يقطع ، والظاهر : أن عمدته في ذلك عمل أهل المدينة .

جاء في الموطأ [٨٣٧/٢ — ٨٣٨] : والأمر عندنا في العبد يسرق من متاع سيده . إلى أن قال : وكذلك الرجل يسرق من متاع امرأته ، أو المرأة تسرق من زوجها ما يجب فيه القطع : إن كان الذي سرق كل واحد منهما من متاع صاحبه في بيت سوى البيت الذي يغلقان عليهما ، وكان في حرز سوى البيت الذي هما فيه ، فإن من سرق منهما من متاع صاحبه ما يجب فيه القطع ، فعليه القطع فيه . هـ

ب — وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه لا قطع عليهما ،

لوجود الشبهة التي تدفع الحد ، وذلك أن العادة جارية بالتبسط بين الزوجين في الأموال . ويقوي هذه الشبهة قياسهما على الوالدين والخدام ، فإنه لا قطع عليهم .

قال في الهداية [٢٣٩/٤] : وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو العبد من سيده أو من امرأة سيده ، أو من زوج سيده لم يقطع ، لوجود الإذن بالدخول عادة ، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه ، فكذلك عندنا .

قال في الفتح : وجه قولنا أن بينهما بسوطة في الأموال عادة ودلالة ، فإنها لما بذلت نفسها - وهي أنقص من المال - كانت بالمال أسمح .

وقال : ولأن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين ، وفي موطأ مالك [٨٣٩/٢] عن عمر أنه أتى بعلام سرق امرأة لامرأة سيده فقال : ليس عليه شيء ، خادمكم سرق متاعكم ؛ فإذا لم يقطع خادم الزوج ، فالزوج أولى . هـ

ج - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما كقول مالك ، والأخرى كقول أبي حنيفة . قال ابن قدامة [المغني : ١٣٥/٩] : وإن سرق أحد الزوجين من مال الآخر ، فإن كان مما ليس محرزاً عنه فلا قطع فيه . وإن سرق مما أحرزه عنه ففيه روايتان : إحداهما : لا قطع عليه ، وهي اختيار أبي بكر ، والثانية : يقطع ، وهو ظاهر كلام الخرقى . اهـ .

وحجة الرواية الأولى هي ما احتج به الحنفية من الشبهة الدائرة ، للتبسط والقياس على الأبوين والخدام .

وحجة الرواية الثانية :

- عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » / المائدة : ٣٨ / .

- أن المسروق مال محرز عن السارق ، ولا شبهة له فيه فأشبه ما لو سرقه أجنبي .

د - وللشافعي رحمه الله تعالى أقوال ثلاثة : الأول : عليهما القطع مطلقاً .

والثاني : لا قطع عليهما • والثالث : يقطع الزوج في سرقة مال الزوجة ، ولا تقطع الزوجة في سرقة مال الزوج •

قال في مغني المحتاج [١٦٢/٤] : والأظهر قطع أحد الزوجين بالآخر ، أي بسرقة ماله المحرز عنه • والثاني : لا قطع على واحد منهما ، والثالث : يقطع الزوج دونها •

وعمدة القول الأظهر هو ما احتج به للرواية الثانية عند أحمد • وحجة القول بعدم القطع : الشبهة ، حيث إنها تستحق عليه النفقة ، وهو يستحق الحجر عليها • وعمدة القول بالتفريق : أن للزوجة حقوقاً في مال الزوج ، فأورثت شبهة في سرقتها فلا قطع عليها ، بينما لا شبهة في سرقة الزوج ، حيث إنه لاحق له في مال الزوجة ، فعليه القطع •

وذكر الخطيب : أن هذا القول مال إليه الأذرعى •

هذا ، والذي اطلعت عليه من أقوال الشافعي رحمه الله تعالى ظاهره ترجيح القول بعدم القطع مطلقاً • فإنه ذكر في الأم [١٣٩/٦] تحت عنوان : مالا يقطع فيه من جهة الخيانة ، ذكر حديث مالك عن عمر رضي الله عنه ، ثم ذكر قول مالك رحمه الله تعالى ، ثم قال : وهذا مذهب ، ثم قال : فأرى - والله تعالى أعلم - على الاحتياط أن لا يقطع الرجل لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ، ولا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئاً ، للأثر والشبهة فيه • هـ

٣ - الأمتعة في الأسواق :

اختلفوا في سرقة الأمتعة من الأسواق وحوانيت التجار :

أ - فذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى : أنه إذا كانت الأمتعة قد ضممها أصحابها ، أو أحرزوها في أوعيتها التي تخرز بها عادة ، فسرق منها شيء ، وجب القطع مطلقاً •

وعمدتهم في هذا العرف الجاري بإحرازها هكذا ، وخاصة عرف أهل المدينة عند مالك رحمه الله تعالى •

قال في الموطأ [٨٣٦/٢] : وسمعت مالكا يقول : الأمر عندنا في الذي يسرق أمتعة الناس التي تكون موضوعة بالأسواق ، محرزة ، قد أحرزها أهلها في أوعيتهم ، وضموها بعضها إلى بعض : أنه من سرق من ذلك شيئاً من حرزه ، فبلغ قيمته ما يجب فيه القطع ، فإن عليه القطع ، كان صاحب المتاع عند متاعه أو لم يكن ، ليلاً ذلك أو نهاراً .

وقال في الأم [١٣٥/٦] : وأنظر إلى متاع السوق : فإذا ضم بعضه إلى بعض في موضع بيعاته ، وربط بحبل ، أو جعل الطعام في خيش وخيط عليه ، فسرقت أي هذا أحرز به فأقطع فيه ، لأن الناس — مع شحهم على أموالهم — هكذا يحرزونهم . هـ ب — وإلى مثل هذا ذهب أحمد رحمه الله تعالى إذا كان في السوق حارس ، أو كان مع الأمتعة حافظ يشاهدها .

قال ابن قدامة [المغني : ١١١/٩ — ١٢٢] : وإن كان الثوب بين يديه ، أو غيره من المتاع كبز البزازين ، وقماش الباعة ، وخبز الخبازين — بحيث يشاهده وينظر إليه — فهو محرز . وإن نام ، أو كان غائباً عن موضع مشاهدته فليس بمحرز . وإن جعل المتاع في الفرائر^(١) ، وعلم عليها ، ومعها حافظ يشاهدها، فهي محرزة وإلا فلا .

وقال : وحرز البقل وقدر الباقلاء ونحوها بالشرائح من القصب أو الخشب إذا كان في السوق حارس . وحرز الخشب والحطب والقصب في الحظائر ، وتعبئة بعضه على بعض ، وتقبيده بقيد بحيث يعسر أخذ شيء منه على ما جرت به العادة ، إلا أن يكون في فندق مغلق عليه فيكون محرزاً وإن لم يقيد^(٢) .

(١) الفرائر : جمع غرارة ، وهي تشبه العدل .

(٢) الشرائح : جمع شريحة ، وهي ما ينسج من سعف النخل ونحوه ، ويحمل فيه البطيخ وغيره . الحظائر : جمع حظيرة وهي ما يجعل للفنم وغيرها ليحفظها ويمنعها الحر أو البرد ونحوهما .

ج - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه يقطع إن سرق منها ليلاً ، ولا يقطع إن سرق منها نهاراً • وحجتهم في ذلك اختلال الحرز في النهار ، لوجود الإذن عادة بالدخول إلى الحوانيت والمتاجر •

قال في الهداية [٢٤٢/٤] : ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله ، قال : ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منها ليلاً ، لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار •

قال ابن الهمام : فإن التاجر يفتح حانوته نهاراً في السوق ، ويسأذن للناس في الدخول ليشتروا منه ، فإذا سرق واحد منه شيئاً لا يقطع ، وكذا الخانات • وقال : وإنما اختل الحرز بالنهار للإذن ، وهو منتف بالليل • هـ

٤ - قطع النباش :

النباش : هو الذي يسرق أكفان الموتى بعد الدفن ، واختلف الأئمة فيه : هل يقطع أو لا ؟ •

أ - ذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف - من أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله تعالى إلى وجوب القطع عليه إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع •

قال في الموطأ [٨٣٨/٢] : والأمر عندنا في الذي ينش القبور أنه إذا بسلغ ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع ، فعليه فيه القطع ، وذلك أن القبر حرز لما فيه كما أن البيوت حرز لما فيها • ولا يجب عليه القطع حتى يخرج به من القبر • هـ

وقال الشافعي في الأم [١٣٧/٦] : ويقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر ، لأن هذا حرز مثله ، وإن أخذ قبل أن يخرج من جميع القبر لم يقطع ، ما دام لم يفارق جميع حرزه •

وقال الخرقى [المغني : ١٣١/٩] : وإذا أخرج النباش من القبر كفننا قيمته ثلاثة دراهم قطع ، وقال ابن قدامة : فلا بد من إخراج الكفن من القبر لأنه الحرز • هـ

وقال في الهداية [٢٣٤/٤] : وقال أبو يوسف : عليه القطع • هـ

وعمدة هؤلاء في وجوب القطع : أنه مال متقوم محرز في حرز مثله • ودعم
هذا القول عند مالك أنه عمل أهل المدينة ، كما ذكرنا •

واحتج له أيضا :

— بعموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » / المائدة : ٣٨ / •
وهذا سارق •

— وبما رواه البيهقي عن البراء بن عازب رضي الله عنه يرفعه إلى النبي ﷺ :
(من نبش قطعناه) (١) •

— وبما رواه البخاري في تاريخه أن ابن الزبير رضي الله عنهما : قطع نباشا •

— وبما روي كذلك عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : سارق أمواتنا
كسارق أحيائنا • أخرجه الدارقطني من حديث عمرة عنها (٢) •

ب — وذهب أبو حنيفة ومحمد — من أصحابه — رحمهما الله تعالى : إلى
أنه لا قطع على النباش •

قال في الهداية : ولا قطع على النباش ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد •

وعمدة هذا القول :

أ — آثار : منها :

— قوله ﷺ : (لا قطع على المختفي) (٣) ، قالوا : وهو النباش بعرف أهل
المدينة •

(١) قال في نصب الراية : رواه البيهقي في كتاب المعرفة ، وفيه من يجهل حاله

كبشر بن حازم • ٣٦٧/٣ • وانظر السنن الكبرى للبيهقي : ٢٧٠/٨ •

(٢) المغني : ١٣١/٩ ، الهداية وشروحها : ٢٣٤/٤ — ٢٣٥ ، مغني المحتاج :

١٦٩/٤ • والذي رأيته في الدراقطني من حديث عمرة عن عائشة رضي الله عنها قالت :
إن كسر عظم الميت ميتا مثل كسره حيا • (١٨٨/٣) •

(٣) قال في نصب الراية [٣٦٧/٣] قلت : غريب •

— ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : ليس على النباش قطع^(١)

— ما روي عن الزهري قال : أخذ نباش في زمن معاوية ، وكان مروان على المدينة ، فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء ، فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به .

قال ابن الهمام بعد ذكره هذه الآثار : وحينئذ لا شك في ترجيح مذهبنا من جهة الآثار .

ب — ثبوت الشبهة في كونه مملوكاً ، وهي دائرة للحد ، وذلك أن الكفن غير مملوك لأحد : فهو غير مملوك للميت ، لأنه ليس أهلاً للملك ، ولا للوارث ، لأنه لا يملك من التركة إلا ما يفضل عن حاجة الميت ، وعلى هذا إذا صح أنه لا ملك فيه لأحد لم يقطع في سرقته ، وإلا فتحقت شبهة في مملوكيته ، فلا يقطع به أيضاً .

ج — ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد ، وذلك أن الحد قد شرع للانزجار ، والحاجة إليه فيما يكثر وجوده ، فأما ما يندر وجوده فلا يشرع فيه ، لوقوعه في غير محل الحاجة ، لأن الانزجار حاصل طبعاً . وهذا مما يندر وجوده فلا يشرع فيه الحد . [الهداية وشروحها : ٤ / ٢٣٤ - ٢٣٥]

المسألة الثالثة عشرة : ما يحث به في الإيمان :

ا — ما يحث به في الحلف على البيت :

اختلفوا فيمن حلفه لا يدخل أو لا يسكن بيتاً ، فدخل أو سكن بيت شعر أو حماماً أو مسجداً ، هل يحث أو لا ؟ .

١ — ذهب أحمد رحمه الله تعالى : إلى أنه يحث بالدخول أو السكنى في ذلك كله .

وعمدته في هذا : أن اكلاماً منها يسمى بيتاً على الحقيقة ، وقد سماها الشارع كذلك ، وبعضها — كبيت الشعر — يسمى بيتاً في العرف أيضاً ، وهذا من النوع

(١) ذكر في نصب الراية [٣ / ٣٦٧] : أنه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه .

الذي يحتمل حملة على ما اشتهر به ، ويحتمل الحمل على الحقيقة ، كما ذكر ابن قدامة .

قال ابن قدامة : وإن حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو حماما فإنه يحنث ، نص عليه أحمد ، ويحتمل أن لا يحنث — وهو قول أكثر الفقهاء — لأنه لا يسمى بيتا في العرف .

قال : والأول المذهب ، لأنهما بيتان حقيقة ، وقد سمي الله المساجد بيوتا ، فقال : « في بيوت أذن الله أن ترفع » / النور : ٣٦ / . وقال : « إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا » / آل عمران : ٩٦ / .

وروي في الحديث : (المسجد بيت كل تقي)^(١) .

وروي في خبر : (بئس البيت الحمام)^(٢) وإذا كان بيتا في الحقيقة ، ويسميه الشارع بيتا حنث بدخوله .

وقال : وإن دخل بيتا من شعر أو غيره حنث — سواء كان الحالف حضريا أو بدويا — فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفا ، قال الله تعالى : « والله جعل لكم من بيوتكم سكنا وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستخفونها يوم ظعنكم ويوم إقامتكم » / النحل : ٨٠ / . [المغني : ٦٠٨/٩ — ٦١١]

٢ — وبمثل هذا قال المالكية في الحنث بالحمام وبيت الشعر إلا إذا نوى الحالف بيتا مخصوصا ، أو جرى عرف يحدد المراد باللفظ . وأما المسجد فقالوا لا يحنث به ، لأنه مطالب بالدخول إليه شرعا ، أو لأنه لا يراد باللفظ عرفا .

(١) قال المحقق : أخرجه الطبراني في الكبير والأوسط ، والبخاري عن أبي الدرداء وقال : إسناده حسن . وبقيته : (وتكفل الله لمن كان المسجد بيته بالروح والرحمة ، والجواز على الصراط إلى رضوان الله إلى الجنة) .

(٢) أخرجه البيهقي عن عائشة ، وابن عدي عن ابن عباس (المحقق) وانظر الجامع الصغير : ١٢٧/١ .

جاء في الشرح الكبير [١٤٥/٢] : وحنت بالحمام — أي بدخوله — في حلفه على ترك دخول البيت . . . إلا لنية أو عرف . . . أو بيت شعر — بدويا كان أو حضريا — إلا لنية أو بساط ، . . . لا بمسجد . . . ، لأنه لما كان مطلوبا بدخوله شرعا صار كأنه غير مراد للحالف .

قال الشاطبي في الاعتصام [١٤١/٢] : إن مالك بن أنس من مذهبه أن يترك الدليل للعرف ، فإنه رد الأيمان إلى العرف ، مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف ، كقوله : والله لا دخلت مع فلان بيتا ، فهو يحنت بدخول كل موضع يسمى بيتا في اللغة ، والمسجد يسمى بيتا فيحنت على ذلك ، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه ، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ ، فلا يحنت .

وقال الدسوقي [حاشية : ١٤٥/٢] في الكلام عن بيت الشعر : العرف الآن يقتضي عدم الحنت فيه ، إذ لا يقال للشعر في العرف الآن إنه بيت ، وإن كان يقال له لغة ، والمدلول العرفي يقدم على اللغوي .

٣ — وأما الشافعية والحنفية : فاتفقوا على أنه لا يحنت بالمسجد ولا بالحمام أو ما شابههما . وعمدتهم في ذلك : أنها لا تسمى بيوتا في العرف ، وإطلاق البيت عليها لغة ليس ظاهرا ، أو على سبيل المجاز .

قال في مغني المحتاج : ولا يحنت — على المذهب — بمسجد وكعبة وبيت حمام ورحى وكنيسة وغار جبل ، لأنها لا تسمى بيتا عرفا .

وقال في الهداية : ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنت ، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها . قال ابن الهمام : لأن الأصل أن الأيمان مبنية على العرف عندنا .

وقال : فالكعبة وإن أطلق عليها بيت في قوله تعالى : « إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة » / آل عمران : ٩٦ . وكذا المسجد ، في قوله تعالى : « في بيوت أذن الله أن ترفع » / النور : ٣٦ . وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ، ولكن إذا أطلق البيت في العرف فإنما يراد به ما يبات فيه عادة . هـ

— واختلفوا في بيت الشعر وما شابهه : فذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يحنث به مطلقا ، سواء أكان حضريا أو بدويا ، ترجيحاً للحقيقة اللغوية ، لأنها ظاهرة في ذلك .

قال في الأم : وإن حلف الرجل أن لا يسكن بيتا ، وهو من أهل البادية أو أهل القرية ، ولا نية له ، فأبي بيت — شعر أو آدم أو خيمة ، أو ما وقع عليه اسم بيت ، أو حجارة أو مدر — سكن ، حنث . وقال في مغني المحتاج : لأن اسم البيت يقع على ذلك كله حقيقة في اللغة .

وفرق الحنفية فقالوا : إن كان من أهل البادية حنث ، وإن كان حضريا لم يحنث ، عملا بالعرف على أصلهم في الأيمان .

قال ابن الهمام : ولو حلف لا يدخل بيتا ، فدخل بيت شعر أو فسطاطا : إن كان من أهل البادية حنث ، وإلا لا يحنث^(١) .

ب — ما يحنث به في الحلف على اللحم :

إذا حلف أن لا يأكل لحما : فاتفقوا على أنه يحنث إذا أكل لحوم الأنعام أو الطير . واختلفوا فيما إذا أكل سمكا :

١ — فذهب الحنابلة والمالكية إلى : أنه يحنث بأكل السمك ، إذا لم ينو باللحم لحما معينا ، وكان حلفه مطلقا .

قال الخرقي : وإذا حلف ألا يأكل لحما ، ولم يرد لحما بعينه ، فأكل من لحم الأنعام أو الطيور أو السمك حنث . قال ابن قدامة : أما إذا أكل من لحم الأنعام أو الصيد أو الطائر فإنه يحنث في قول عامة علماء الأمصار ، وأما السمك فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله . هـ

وجاء في الشرح الكبير : وحنث بلحم الحوت والطير ... في حلفه على مطلقها .. من غير تقييد بلفظ أو نية أو بساط .

(١) الهداية وشروحها : ٢٩/٤ — ٣٣ ، مغني المحتاج : ٣٣٤/٤ ، الأم : ٦٥/٧ .

وعمدتهم في هذا : أنه يصدق عليه اسم اللحم ، لأنه من جسم حيوان يصلح للأكل ، وقد سماه الله تعالى لحماً ، فصار كالطائر .

قال ابن قدامة : ولنا : قول الله تعالى : « وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً » / النحل : ١٤ / .

وقال : « ومن كل تأكلون لحماً طرياً » / فاطر : ١٢ / .

ولأنه من جسم حيوان ، ويسمى لحماً ، فحنت بأكله كلحم الطائر . هـ
وقال في الشرح الكبير : لصدق اللحم عليهما . قال الدسوقي : أي كما في قوله تعالى : « لتأكلوا منه لحماً طرياً » / النحل : ١٤ / . وقال أيضاً : « ولحم طير مما يشتهون » / الواقعة : ٢١ / .

والظاهر أن متأخري المالكية يرجعون في هذا إلى العرف .

قال الدسوقي : وما ذكره من الحنت بلحم الحوت إذا حلف لا آكل لحماً عرف مضى ، وأما عرف زماننا — خصوصاً بمصر — فلا يحنت بأكل لحم الحوت ، لأنه لا يسمى لحماً عرفاً ، قاله شيخنا (١) .

٢ — وذهب أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يحنت . وعمدتهم في هذا أنه لا يسمى لحماً في العرف ، وإطلاق اللحم عليه في القرآن إنما هو مجرد تسمية .

قال في الهداية : ومن حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لا يحنت ، والقياس أن يحنت لأنه يسمى لحماً في القرآن .

قال في الفتح : وبه استدل سفيان لمن استفتاه — فيمن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً — فرجع إلى أبي حنيفة فأخبره ، فقال : ارجع فاسأله فيمن حلف : لا يجلس على بساط فجلس على الأرض ، فسأله ، فقال : لا يحنت . فقال : أليس

(١) المغني : ٦٠٨/٩ ، الشرح الكبير : ١٤٣/٢ .

أنه قال تعالى : « والله جعل لكم الأرض بأساطل » / نوح : ١٩ / • فقال له سفيان : كأنك السائل الذي سألتني أمس ؟ فقال : نعم : فقال سفيان : لا يحدث في هذا ولا في الأول ، فرجع عن ذلك القول •

قال ابن الهمام : وظهر أن تمسك أبي حنيفة إنما هو بالعرف ، لا بما ذكره المصنف في وجه الاستحسان : أن التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لأحقيقية ، لأن اللحم منشؤه من الدم ولا دم في السمك ، لسكونه في الماء ، ولذا حل بلا ذكاة ، فإنه ينتقض بالآلية ، فإنها تنعقد من الدم ولا يحدث بأكملها ، لمكان العرف ، وهو أنه لا يسمى لحماً ، ولا تذهب أوهام أهل العرف إليه عند إطلاق اسم اللحم •

وقال الشافعي : إذا حلف الرجل أن لا يأكل لحماً حنث بلحم الإبل والبقر والغنم والوحوش والطيور كله ، لأنه كله لحم ليس له اسم دون اللحم ، ولا يحدث في الحكم بلحم الحيتان ، لأن اسمه غير اسمه ، فالأغلب عليه الحوت ، وإن كان يدخل في اللحم ويحدث في الورع به •

قال في مغني المحتاج : لأنه لا يسمى لحماً في العرف ، وإن سماه الله تعالى لحماً •

وقال السيوطي : فلو حلف لا يأكل لحماً ، لم يحدث بالسمك وإن سماه الله لحماً • وذكر مسائل أخرى مشابهة ثم قال : فقدم العرف في جميع ذلك ، لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف (١) •

المسألة الرابعة عشر : ما يجزئ كسوة في كفارة اليمين : اختلفوا في ذلك :

١ - فذهب مالك وأحمد ومحمد - من أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله تعالى إلى : أن الكسوة تنقذ بما تجزئ به الصلاة ، ولا يجزئ دون ذلك •

(١) الهداية وشروحاتها : ٤/٤٧ ، الأم : ٧/٧٢ ، مغني المحتاج : ٤/٣٣٦ ،

الأنساب والنظائر : ١٠٢ - ١٠٣

جاء في الموطأ [٤٨٠/٢] : قال مالك : أحسن ما سمعت في اللّهي يكفر عن يمينه بالكسوة : أنه إن كسا الرجال كساهم ثوباً ثوباً ، وإن كسا النساء كساهن ثوبين ثوبين درعاً وخماراً ، وذلك أدنى ما يجزىء كلاً في صلاته • اهـ .

وقال ابن قدامة [المغني : ٥٤٥/٩] : وتتقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه ، فإن كان رجلاً فثوب تجزئه الصلاة فيه ، وإن كانت امرأة فدرع وخمار •

وقال في بداية المبتدي [١٨/٤ - ١٩] : وإن شاء كسا عشرة مساكين ، كل واحد ثوباً فما زاد ، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة • قال في الهداية : المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروى عن محمد •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إلى أنه أقل ما يجزىء ما يستر عامة بدنه ، حتى لا يجزئه السراويل ، وإن كان يستر عورته وتجزىء به الصلاة •

قال في الهداية [١٨/٤ - ١٩] : وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن أدناه ما يستر عامة بدنه ، حتى لا يجوز السراويل ، وهو صحيح •

٣ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يجزىء أقل ما يطلق عليه اسم الكسوة •

قال في الأم [٥٩/٧] : وأقل ما يكفي من الكسوة كل ما وقع عليه اسم كسوة ، من عمامة أو سراويل أو إزار أو مقنعة ، وغير ذلك ، للرجل والمرأة •

الأدلة :

١ - عمدة القائلين بأقل ما يجزىء في الصلاة :

— حمل الاسم على المعنى الشرعي ، فإن الكسوة بالمعنى الشرعي هو ما يستر العورة وتجوز به الصلاة •

— قياس الكسوة على الإطعام ، فإنه لا يجزىء فيه أقل ما يقع عليه الاسم ، بل هو مقدر ، فكذلك الكسوة •

— العرف : وذلك أن الذي يلبس مالا يستر عورته إنما يسمى عرياناً لامكسياً ، وكذلك الذي يلبس السراويل وحده ، أو مئزراً لا يستر عورته يسمى عرياناً^(١) .

٢ — والذين قالوا بوجوب ما يستر عامة البدن ، وأنه لا يجزئ السراويل ، اعتمدوا في ذلك على العرف أيضاً : قال في الهداية في توجيه قول الشيخين : وهو الصحيح ، لأن لابسهُ يسمى عرياناً في العرف . [الهداية وشروحها : ١٨/٤ — ١٩]

وحجة الشافعي رحمه الله تعالى أن ذلك ورد مطلقاً في الشرع فيحمل على أقل مسماه . قال في الأم [٥٩/٧] بعد ذكره أقل ما يجزئ : لأن ذلك كله يقع عليه اسم كسوة ، ولو أن رجلاً أراد أن يستدل بما تجوز فيه الصلاة من الكسوة على كسوة المساكين ، جاز لغيره أن يستدل بما يكفيه في الشتاء أو في الصيف أو في السفر من الكسوة ، ولكن لا يجوز الاستدلال عليه بشيء من هذا ، وإذا أطلقه الله فهو مطلق . اهـ .



(١) بداية الجتهد : ٤٠٥/١ ، والمغني : ٥٤٥/٩ ، وفتح القدير : ١٩/٤

الباب الخامس
في
مذهب الصحابي وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : مذهب الصحابي

الفصل الثاني : اثر القول بمذهب الصحابي

الفصل الأول

مذهب الصحابي

وفيه بيان :

- المراد بمذهب الصحابي وتحرير محل النزاع
- مذهب العلماء في حجته وأدلتهم
- حال الصحابي الذي يحتج بقوله لدى من يقول به

المراد بمذهب الصحابي وتحرير محل الخلاف

لقد اتفق جمهور أئمة المسلمين وعلمائهم على أن أصحاب رسول الله ﷺ عدول : لا ترد شهادتهم ، ولا يطعن في روايتهم متى ثبتت عنهم ، وذلك للأدلة التالية :

١ - ثناء الله عز وجل عليهم في كتابه المحكم في أكثر من موطن • مثل : قوله تعالى : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا » / البقرة : ١٤٣ / • وقوله تعالى : « كنتم خير أمة أخرجت للناس » / آل عمران : ١١٠ / • وهو خطاب مع الصحابة الموجودين زمنه ﷺ •

٢ - ما ورد من أحاديث عن النبي ﷺ تشني على أصحابه وتبين أنهم خير الناس ، وأنهم حصن الأمة ، وأن الاقتداء بهم اهتداء • مثل :

- قوله ﷺ : (خير أمتي قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم) [البخاري : ٢/٥]

- وقوله ﷺ : (أنا أمانة لأصحابي ، فإذا ذهبت أمتي أصحابي ما يوعدون ، وأصحابي أمانة لأمتي ، فإذا ذهب أصحابي أمتي ما يوعدون) [مسلم : ١٩٦١/٤]

- وقوله ﷺ : (أصحابي كالنجوم ، بأيهم اقتديتم اهتديتم) ^(١) • وكل هذا - وكثير مثله - يقطع بعدالتهم •

(١) ذكره السيوطي في الجامع الكبير ، (١٠٣٥/١) وقال : رواه عبد بن حميد من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وغيره ، وذكر أن له روايات عدة أسانيد لها كلها ضعيفة ، ولكن يشهد له الأحاديث الصحيحة •

٣ - مآظهر واشتهر بالنقل المتواتر الذي لامراء فيه : من مناصرتهم للرسول ﷺ والهجرة إليه ، والجهاد بين يديه ، والمحافظة على أمور الدين ، والتشدد في امثال أوامر الشرع ونواهيها ، حتى إنهم قاتلوا الأهل والأولاد ، حتى قام الدين واستقام ، ولا أدل على العدالة من ذلك •

وإنما اختلف العلماء في قول الصحابي إذا نقل إلينا بطريق صحيح، هل يجب على الأمة تقليده ؟ ... مع اتفاق الجميع على عدالته كما سبق • وهذا ما نريد بيانه ، وما كان للخلاف في ذلك من أثر فقهي •

والمراد بمذهب الصحابي :

هو ما نقل إلينا وثبت لدينا عن أحد أصحاب رسول الله ﷺ من فتوى أو قضاء ، في حادثة شرعية ، لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع • فإذا نقل إلينا شيء من هذا بطريق صحيح ، هل يجب العمل به ، ويعتبر حجة في بناء الأحكام تقدم على القياس ؟ أقول :

لاخلاف بين العلماء : أن مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد - إماماً كان أو حاكماً أو مفتياً - ليس بحجة على صحابي مجتهد آخر •

اكذلك لاخلاف أن قوله ليس بحجة : إذا ظهر رجوعه عن ذلك القول ، أو خالفه فيه غيره من الصحابة •

ومحل الخلاف :

فيما إذا ورد عن الصحابي قول في حادثة لم تحتل الاشتهار فيما بين الصحابة - بأن كانت مما لاتعم به البلوى ، ولا مما تقع به الحاجة للكل - ثم ظهر نقل هذا القول في التابعين ومن بعدهم من المجتهدين ، ولم يرد عن غيره من الصحابة خلاف ذلك ، فهل قوله في مثل هذا حجة أو لا ؟ (١) •

(١) الإحكام : ٨١/٢ ، المضد : ٢٨٧/٢ ، كشف الاسرار : ٢٢٣/٣ - ٢٢٥ ،

إعلام الموقعين : ١٢٠/٤

مذاهب العلماء في حجيته :

- ١ - ذهب مالك وأحمد - في إحدى الروايتين عنه ^(١) - رحمهما الله تعالى : إلى أنه حجة ، وتقليده واجب يترك به القياس مطلقاً .
- ٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى - في الجديد إلى أنه ليس بحجة مطلقاً ، ولا يجوز تقليده ^(٢) . وهذا هو الرواية الثانية عن أحمد . ورجح هذا القول ابن الحاجب فقال : مذهب الصحابي ليس بحجة على صحابي اتفاقاً ، والمختار : ولا على غيرهم .

(١) الظاهر أن هذه الرواية هي الراجحة فقد ذكر ابن القيم الحنبلي : أن قول الصحابي - إذا لم يخالفه غيره - هو حجة وإجماع إن اشتهر ، وإن لم يشتهر فالذي عليه جمهور الأمة أنه حجة . اهـ . وكذلك النظر في الفروع يبين أخذ أحمد بقول الصحابي مطلقاً .

(٢) يرد ابن القيم هذه النسبة إلى الشافعي ويقول : وفيه نظر ، فإنه لا يحفظ له في الجديد حرف واحد : أن قول الصحابي ليس بحجة ، وغاية هذا أنه يحكي أقوالاً للصحابة ثم يخالفها ، ومخالفة المجتهد لدليل معين - لما هو أقوى في نظره منه - لا يدل على أنه لا يراه دليلاً من حيث الجملة ، بل خالف دليلاً لدليل أرجح عنده منه . اهـ .

ويدعم رايه هذا بأقوال قالها الشافعي في مذهبه الجديد منها :

- أ - قوله : المحدثات ضربان : ما أحدث يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً أو أثراً ، فهذه البدعة الضلالة . قال : فقد جعل مخالفة الأثر غير الكتاب والسنة والإجماع ضلالة ، وهذا فوق كونه حجة .
- ب - قوله : والعلم طبقات : الأولى : الكتاب والسنة ، الثانية : الإجماع فيما ليس كتاباً ولا سنة ، الثالثة : أن يقول صحابي فلا يعلم له مخالف من الصحابة ، الرابعة : اختلاف الصحابة ، الخامسة : القياس .

قال : هذا كله كلامه في الجديد [إعلام الموقعين : ٤ / ١٢٠ - ١٢١] .

٣ - إنه حجة إذا خالف القياس (١) .

٤ - مذهب الحنفية ، وفيه تفصيل عندهم :

أ - إذا كان مما لا يدرك بالرأي فهو حجة عندهم باتفاق (٢) .

ب - إذا كان مما يدرك بالرأي ، ولكنه اشتهر ولم يعرف له مخالف ، فهو حجة .

ج - إذا كان مما يدرك بالرأي ولم يشتهر ، فهو مختلف فيه : قال أبو الحسن الكرخي : إنه ليس بحجة ، وقال أبو سعيد البردعي : إنه حجة يترك به القياس (٣) .

(١) الظاهر أن القائلين بهذا هم الحنفية ، يدل عليه :

أ - قال في كشف الأسرار مستدلاً للأخذ بقول عائشة في مسألة ابن الأرقم : فتركوا القياس به ، لأن القياس لما كان مخالفاً لقولها تعين جهة السماع فيه (٢١٩/٣) .

ب - في ضمان عين البهيمة : أخذوا بقضاء عمر وقالوا : هو حجة لمخالفته القياس ، ولذلك عملوا بالقياس في غير ماورد به النص . (هداية وشروحا : ٣٥٢/٨)

(٢) ذكر المحلي عن السبكي أن هذا قول الشافعي رحمه الله تعالى : قال : قال الشيخ الإمام والد المصنف : إلا في الحكم التعبدى فقله فيه حجة ، لظهور أن مستنده فيه التوقيف من النبي ﷺ ، كما قال الشافعي رضي الله عنه : روي عن علي رضي الله عنه أنه صلى في ليلة ست ركعات ، في كل ركعة ست سجعات : ولو ثبت ذلك عن علي قلت به ، لأنه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر أنه فعله توقيفاً .

(الآيات البينات : ١٩٤/٤)

(٣) الإحكام : ١٣٠/٣ ، المضد : ٢٨٧/٢ ، كشف الأسرار : ٢١٧/٣ ، شروح المنار : ٧٣٣ ، إعلام الموقعين : ١٢٠/٤

أدلة القائلين بوجوب التقليد مطلقاً (١) :

احتج القائلون بوجوب التقليد ، وأنه حجة مطلقاً ، بالنقل والعقل :

أما النقل : فمن الكتاب :

١ - قوله تعالى : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله » / آل عمران : ١١٠ / قالوا : وهو خطاب مع الصحابة بأن ما يأمرون به معروف ، والمعروف يجب القول به .

٢ - قوله تعالى : « والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم بإحسان رضي الله عنهم ورضوا عنه » / التوبة : ١٠٠ / قالوا : مدح الله سبحانه الصحابة والتابعين لهم بإحسان ، وإنما استحق التابعون لهم هذا المدح على اتباعهم بإحسان : من حيث الرجوع إلى رأيهم لا من حيث الرجوع إلى الكتاب والسنة ، ولو كان كذلك لكان استحقاق المدح باتباع الكتاب والسنة لا باتباع الصحابة ، وإذا تبين أن استحقاق المدح من حيث الرجوع إلى رأي الصحابة فإنما يكون ذلك في قول وجد منهم ، ولم يظهر من بعضهم فيه خلاف (٢) .

ومن السنة :

١ - قوله عليه الصلاة والسلام : (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم) (٣) وكون الاقتداء بهم اهتداء هو المعنى بحجية قولهم .

٢ - قوله عليه الصلاة والسلام : (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي) (٤) وظاهر قوله (عليكم) للإيجاب وهو عام .

(١) ذكر ابن القيم ستة وأربعين دليلاً على حجية مذهب الصحابي .

[إعلام الموقعين : ١٢٣/٤] وما بعدها .

(٢) الإحكام : ١٣٣/٤ ، حواشي المنار : ٧٣٣

(٣) انظر تخريجه ص ٣٣٨ حاشية ١

(٤) جزء من حديث أخرجه أبو داود في سننه عن العرباض بن سارية رضي الله

عنه : ٥٠٦/٢

٣ - قوله عليه الصلاة والسلام : (اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر) (١) .

قالوا : هذه النصوص ظاهرة في وجوب الاقتداء بهم وتقليدهم ، ولا يمكن حمل ذلك على مخاطبة العامة والمقلدين ، لما فيه من تخصيص العموم من غير دليل ، ولما فيه من إبطال فائدة تخصيص الصحابة بذلك ، حيث إن الاتفاق واقع على جواز تقليد العامة لغير الصحابة من المجتهدين ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به وجوب اتباع مذاهبهم .

واما الإجماع :

فهو أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولى علياً رضي الله عنه الخلافة بشرط الاقتداء بالشيخين فأبى ، وولى عثمان رضي الله عنه بنفس الشرط فقبل ، ولم ينكر عليه منكر ، فصار إجماعاً (٢) .

واما المقول : فمن وجوه :

١ - إن احتمال السماع والتوقيف في قول الصحابي ثابت ، بل الظاهر الغالب من حاله أنه يفتي بالخبر ، وإنما يفتي بالرأي عند الضرورة ، ويشاور القرناء لاحتقال أن يكون عندهم خبر ، فإذا لم يجد اشتغل بالقياس .

وذلك : لأن السماع أصل فيهم ، مقدم على الرأي عندهم ، حيث إنهم كانوا يصاحبون رسول الله ﷺ آناء الليل وأطراف النهار ، وعلى هذا لا يجعل قولهم منقطعاً عن السماع إلا بدليل ، وإذا ثبت احتمال السماع في قول الصحابي كان مقدماً على الرأي الذي ليس عند صاحبه خبر يوافقه ويقره ، فكان تقديم قول الصحابي على الرأي من هذا الوجه بمنزلة تقديم خبر الواحد على القياس .

(١) أخرجه الترمذي عن حذيفة وأبي هريرة رضي الله عنهما وقال : حديث حسن : ٢٧١/٥

(٢) العنود : ٢٨٨/٢ ، المستصفى : ١٣٥/١ ، الإحكام : ١٣٣/٤

٢ - إن قول الصحابي : إن كان صادراً عن رأي واجتهاد فهو أقوى من رأي غيره ، ويرجح على اجتهاد التابعي ومن بعده ، وذلك لمشاهدته التنزيل ، ومعرفة طريق رسول الله ﷺ في بيان الأحكام ، ووقوفه من أحوال النبي ﷺ ومراده في كلامه على ما لم يقف عليه غيره . هذا إلى جانب زيادة احتياط في حفظ الأحاديث وضبطها ، واجتهاد وحرص وبذل جهد منهم في طلب الحق والقيام بما هو تثبيت لقوام الدين ، مع فضل درجة ليست لغيرهم ، كما نطقت الأخبار ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : (أنا أمان لأصحابي ، وأصحابي أمان لأمتي) ^(١) وقوله : (خير القرون قرني الذي بعثت فيهم) ^(٢) .

كل هذا له أثر في إصابة الرأي ، وكونه أبعد عن الخطأ ، وبهذه المعاني ترجح رأيهم على رأي غيرهم ، وكان حال التابعي إلى الصحابي كحال العامي بالنسبة إلى المجتهد التابعي ، فوجب اتباعه له .

٣ - إن في قول الصحابي جهة الإجماع أيضاً ، لأن الظاهر أنه لو كان بينهم خلاف لظهر ، لاتحاد مكاتبتهم وطلب العلم من كل واحد منهم على السواء ، ومشاورة كل منهم قرآنه في كل مسألة اجتهادية ، لاحتمال أن يكون عند صاحبه خبر يمنعه من استعمال الرأي ، ولو ظهر الخلاف بينهم لوصل إلينا عن طريق التابعين ، حيث إنهم قد نصبوا أنفسهم لتبليغ الشرائع والأحكام .

ولو تحقق الإجماع لوجب العمل به قطعاً ، فإذا ترجح جهة وجود الإجماع في قول الصحابي كان العمل به أولى من العمل بقياس ليس فيه هذا المعنى .

٤ - إن قول الصحابي إذا انتشر ولم ينكر عليه منكر كان حجة ، فكذلك مع عدم الانتشار ، كقول النبي عليه الصلاة والسلام ^(٣) .

(١) جمل من حديث أخرجه مسلم عن أبي بردة عن أبيه : ١٩٦١/٤

(٢) صحيح البخاري : ٢/٥ ، سنن أبي داود : ٥١٨/٢

(٣) شروح المنار : ٧٣٣ ، الإحكام : ١٣٣/٤ ، كشف الأسرار : ٢٢٢/٣

حجة القائلين به إذا خالف القياس :

إن الصحابي إذا قال قولاً يخالف القياس : فإما أن لا يكون له فيما قال مستند أو يكون : ولا يجوز أن يقال بالأول ، لأن مؤداه أن الصحابي قال في الشريعة بحكم لادليل عليه ، والقول بحكم لادليل عليه محرم إجماعاً ، وحال الصحابي العدل ينافي ذلك . وإذا فلا بد وأن هناك مستنداً لقوله ، ولا مستند وراء القياس سوى النقل — لأن الظاهر من حال المجتهد العدل أن لا يخالف القياس بلا دليل يصلح مأخذاً للحكم الشرعي — فكان حجة متبعة ، واحتمال أن يكون قد ظن غير الحجة حجة لا يدفع الظهور . بخلاف ما إذا كان مذهبه موافقاً للقياس ، فإنه يحتمل أن يكون مأخوذاً من ذلك القياس ، ولم يلزم أن يكون له حجة أخرى ، وقياس المجتهد لا يصلح حجة على المجتهد الآخر ^(١) .

حجة القائلين بمذهب الصحابي فيما لا يدرك بالرأي :

إذا قال الصحابي قولاً في حكم شرعي لا بد وأن يكون له مستند من رأي أو سماع ، إذ لا يجوز أن يحمل قول الصحابة على الكذب — فإنما انتقلت إلينا نصوص الدين بروايتهم — وفي حمل قولهم على الكذب والباطل قول بفسقهم ، وذلك يبطل روايتهم ، كما أنهم لا يظن بهم المجازفة في القول .

وعلى هذا : فإذا كان قول الصحابي مما لا يدرك بالقياس والرأي تعين أن يكون سنده السماع ، ويحمل على التوقيف والتنصيب من رسول الله ﷺ ، وصارت فتواه كروايته عن رسول الله ﷺ حيث لامدخل للرأي في هذا الباب ، ولا شك أنه لو ذكر سماعه عن رسول الله ﷺ كان ذلك حجة لإثبات الحكم به ، فكذا إذا أفتى به ولا طريق لفتواه إلا السماع ، فوجب العمل به لا محالة ^(٢) .

(١) الإحكام : ١٣٣/٤ ، العضد : ٢٨٨/٢

(٢) كشف الأسرار : ٢١٩/٣ ، شروح المنار : ٧٣٤

حجة القائلين بالنفي :

- ١ - قوله تعالى : « فاعتبروا يا أولي الأبصار » / الحشر : ٢ /
أمر الله تعالى أولي الأبصار بالاعتبار ، والمراد الاجتهاد ، وذلك ينافي التقليد ، فالاجتهاد هو البحث عن الدليل ، والتقليد هو الأخذ بقول الغير من غير دليل ، والأخذ بقول الصحابي عمل بقول الغير من غير دليل ، فلا يجوز للمجتهد .
- ٢ - قوله تعالى : « فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ » / النساء : ٥٩ /
أوجب الله سبحانه الرد عند الاختلاف في الحكم إلى الله والرسول ، فالرد إلى مذهب الصحابي يكون تركاً للواجب ، وهو ممتنع .
- ٣ - إن الصحابة قد ظهر فيهم الفتوى بالرأي ظهوراً لا وجه لإنكاره ، واحتمال الخطأ في اجتهادهم ثابت ، لكونهم غير معصومين عن الخطأ كسائر المجتهدين ، فقولهم يكون متردداً بين الخطأ والصواب ، ومحملاً لهما كقول غيرهم ، فلا يقدم على القياس ، كقول التابعين .
- ٤ - بما أن الصحابي من أهل الاجتهاد والخطأ ممكن عليه ، فلا يجب على التابعي المجتهد العمل بمذهبه ، كالصحابيين والتابعيين .
- ٥ - لو كان مذهب الصحابي حجة على غيره من المجتهدين لوجب عليهم تقليده والأخذ بما أدى إليه اجتهاده ، مع تمكن المقلد من الاجتهاد وتحصيل الحكم بطريقه ، والأخذ بما أخذ الصحابي منه نص أو قياس ، وذلك باطل ، إذ لا يجوز للمجتهد المتمكن من تحصيل الحكم بطريقه تقليد غيره اتفاقاً .
- ٦ - إن قول الصحابي لو كان حجة لكان لكونهم أعلم وأفضل من غيرهم ، لمشاهدتهم التنزيل وسماعهم التأويل ووقوفهم على أحوال النبي ﷺ ومراده من كلامه على ما لم يقف عليه غيرهم ، ولو كان كذلك لكان قول الأعلام الأفضل صحابياً كان أم غيره - حجة على من دونه ، لوجود العلة نفسها ، والأمر بخلاف ذلك ، إذ ليس للمجتهد تقليد من هو أفضل منه وأعلم .

٧ - أجمعت الصحابة على جواز مخالفة كل واحد من آحاد الصحابة المجتهدين للآخر ، فلم ينكر أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على من خالفهما بالاجتهاد ، بل أوجبوا على كل مجتهد في مسائل الاجتهاد أن يتبع اجتهاد نفسه ، ولو كان مذهب الصحابي حجة لما كان كذلك ، ولكان يجب على كل واحد منهم اتباع الآخر ، وهو محال .

٨ - إن الصحابة قد اختلفوا في مسائل ، وذهب كل واحد خلاف مذهب الآخر ، كما في مسائل (الجد مع الإخوة) وقول القائل (أنت علي حرام) وغيرها . فلو كان مذهب الصحابي حجة على التابعين ، لكانت حجج الله تعالى متناقضة مختلفة ، ولم يكن اتباع التابعي للبعض أولى من البعض الآخر .

٩ - قول الصحابي ليس بحجة على غيره من المجتهدين في أصول الدين ، فلا يكون أيضاً حجة في فروعها ، والجامع بينهما تمكن المجتهد في الموضعين من الوقوف على الحكم بطريقة (١) .

تحقيق مذهب الشافعي رحمه الله تعالى في قول الصحابي (٢) :

نسب إلى الشافعي رحمه الله تعالى : أنه لا يقول بمذهب الصحابي ولا يعتبره حجة مطلقاً ، بل يقول إنه لا يجوز تقليده . ولقد نقلنا [ص ٣٤٠ حاشية ٢] ما رد به ابن القيم على هذه النسبة .

وبالرجوع إلى كتب الشافعي نفسه ، وإلى أقواله في الأصول ، واستنباطه الأحكام في الفروع ، يتحرر لدينا ما يلي :

(١) الأسنوي : ١٤٤/٣ ، الإحكام : ١٣١/٤ - ١٣٢ ، كشف الأسرار : ٢٢٠/٣
العقد : ٢٨٧/٢ ، المستصفى : ١٣٥/١

(٢) انظر في هذا كتاب [الشافعي] للشيخ الفاضل المرحوم محمد أبو زهرة : ٣٠٥ وما بعدها .

١ - إنه يأخذ بقول الصحابة رضي الله عنهم إذا انفقوا على أمر ليس فيه كتاب ولا سنة ، ولم يعلم لهم فيه مخالف ، ويقدم قولهم هذا على القياس ، لأنه من قبيل الإجماع .

ومثال هذا : ما قال به من وجوب شاة في صيد المحرم للحمام ، عملاً بحكم الصحابة في هذا ، فإنه ذكر في الأم آثاراً عن الصحابة حكموا فيها بشاة لمن صاد حماماً وهو محرم ، ثم قال : من أصاب من حمام مكة بمكة حمامة ففيها شاة ، اتباعاً لهذه الآثار التي ذكرنا عن عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر وعاصم بن عمر وعطاء وابن المسيب ، لا قياساً .

وقال : ووجدت مذاهبهم مجتمعة على الفرق بين الحكم في الدواب والطيائر ، لما وصفت من أن في الدواب مثلاً من النعم ، وفي الجراد من الطائر قيمة ، وفيما دون الحمام .

ثم وجدت مذاهبهم تفرق بين الحمام وبين الجراد ، لأن العلم يحيط أن ليس يسوى حمام مكة شاة ، وإذا كان هذا هكذا فإنما فيه اتباعهم ، لأننا لا نتوسع في خلافهم إلا إلى مثلهم ، ولم نعلم مثلهم خالفهم (١) .

٢ - إذا اختلفت أقوال الصحابة رضي الله عنهم أخذ - من أقوالهم - بما هو أقرب إلى ظاهر الكتاب أو السنة أو الإجماع ، أو بما هو أصح في القياس وبه أشبه ، أو بما عضده دليل آخر .

جاء في الرسالة [٥٩٦] على سبيل المناظرة :

قال : قد سمعت قولك في الإجماع والقياس ، بعد قولك في حكم كتاب الله وسنة رسوله ، أرايت أقاويل أصحاب رسول الله إذا تفرقوا فيها ؟

فقلت : نصير منها إلى ما وافق الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع ، أو كان أصح في القياس . اهـ .

(١) الأم : ١٦٦/٢ - ١٦٧ ، وانظر المسألة في الفصل الثاني ، ومسألة النظر في جزاء الصيد ، وانظر دليله في مسألة تغريب البكر الزاني في الفصل الثاني من الباب الأول .

وامثلته على هذا في الفروع كثيرة :

- فقد أخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه في منع المبيع قبل قبضه في المطعوم وغيره ، وقال : وهذا القياس ، وأخذ بقوله أيضا في عدم قبول شهادة الصبيان وقال : وقول ابن عباس رضي الله عنهما أشبه بالقرآن والقياس .

- كما أخذ بقوله في وقت قطع التلبية في العمرة ، وغير ذلك من المسائل .
- وكذلك أخذ بقول عمر وابنه وعثمان - رضي الله عنهم - في جزاء صغار الصيد ، لأنه أشبه بظاهر القرآن .
- وبقول عمر في خيار العيب في النكاح لأنه شبيهه بالقياس على الإيلاء ، وغير ذلك من المسائل .

— ومثال ما عضده دليل آخر عنده :

- أخذه بقول علي رضي الله عنه - وقد خالفه عمر - في زوجة المفقود ، لأنه عضده عنده دليل آخر وهو الاستصحاب^(١) .

- ٣ - أنه يأخذ بقول الصحابي إذا لم يعرف عن غيره أنه وافقه في ذلك أو خالفه ، والظاهر أنه لا يقدمه على القياس ، وإن كان - كما قال - ينذر أن يوجد قول مثل هذا ، لم يعرف فيه خلافهم أو إجماعهم .

جاء في الرسالة [٥٩٦] :

- قال : أفرأيت إذا قال أحدهم القول لا يحفظ عن غيره منهم فيه له موافقة ولا خلافاً ، أتجد لك حجة باتباعه - في كتاب أو سنة أو أمر أجمع الناس عليه - فيكون من الأسباب التي قلت بها خبراً ؟ قلت له : ما وجدنا في هذا كتاباً ولا سنة ثابتة ، ولقد وجدنا أهل العلم يأخذون بقول واحد منهم مرة ويتركونه أخرى ، ويتفرقوا^(٢) في بعض ما أخذوا به منهم .

(١) انظر هذه المسائل وغيرها في الفصل الثاني ، ففيه بيان موقفه في كل مسألة .

(٢) قال المحقق أحمد شاكر : هكذا في الأصل بحذف النون وإثبات ألف بعد الواو ، وهو شاهد آخر على استكمال الفعل المرفوع بصورة المنصوب والمجزوم تخفيفاً .

قال : فإلى أي شيء صرت من هذا ؟ قلت : إلى اتباع قول واحد إذا لم أجد كتابا ولا سنة ولا إجماعا ولا شيئا في معناه يحكم له بحكمه ، أو وجد معه قياس .
وقل ما يوجد من قول الواحد منهم لا يخالفه غيره من هذا . اهـ .

— وقد يصلح مثالا على هذا ما جاء من قوله في وصية أبي بكر ليزيد بن أبي سفيان رضي الله عنهم — وقد ترك قوله في تحريق الشجر وتخريب العامر مؤولا له — وكل شيء في وصية أبي بكر سوى هذا فبه نأخذ ^(١) .

— وكذلك أخذه بقول عثمان رضي الله عنه في ترك الجمعة لمن صلى العيد من أهل القرى ^(٢) .

٤ — هذا وكثيرا ما نجده — رحمه الله تعالى — يستأنس ويسترشد بأقوال الصحابة رضي الله عنهم في فهم كتاب الله تعالى وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام .
ومن أمثلة ذلك بيان مقدار الجزية ، والجزاء المراد في آية الصيد ، ووجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون ^(٣) .

ومذهب الشافعي رحمه الله تعالى — على هذا التحقيق — أرجح عندي من غيره ، وذلك : أن الصحابة رضي الله عنهم إذا اتفقوا على حكم شرعي في حادثة كان اتفاقهم هذا أقرب إلى الإجماع ، إن لم نقل إنه هو الإجماع ، ولا شك أن هذا يورث غلبة ظن أن الحق فيما اتفقوا عليه .

وأما إذا اختلفوا في حادثة على أقوال ، فغالب الظن أن الحق لا يخرج عن أقوالهم هذه ، وهم أصحاب رسول الله ﷺ وتلامذته ، والحق لا يتعدد ، فلا بد أن يكون بجانب أحدهم ، فإذا عُضِد قول أحدهم ظاهر من الكتاب أو السنة ، أو شبه بالقياس ، كان هذا مرجحا أن الحق إلى جانبه ، فيكون الأخذ به أقرب إلى السلامة .

(١) الام : ١٨٤/٤ وانظر المسألة في الفصل الثاني .

(٢) الام : ٢١٢/١ وانظر المسألة في الفصل الثاني .

(٣) انظر المسائل في مواضعها من الفصل الآتي .

وفي حال قول الصحابي قولاً - ولم ينقل لنا مخالفة غيره له ولا موافقته - يغلب على الظن أنه لا مخالف له ، لأن الصحابة لم يكونوا بعيدين عن بعضهم ، كما أنهم كانوا يتشاورون في الأمور ، ويجهدون أنفسهم لمعرفة الحق ، ولا يخافون لومة لائم في بيانه ورد ما يتعارض معه ، وعلى هذا فاحتمال قول أحدهم قولاً وعدم اطلاع غيره عليه احتمال ضعيف . وكذلك كان التابعون من بعدهم متوفرين وجاهدين لنقل فتاوى أصحاب رسول الله ﷺ وقضاياهم ، ومهتمين بمعرفة آرائهم ومذاهبهم ، وحريصين على تبليغ ذلك لمن بعدهم ، فلو كان هناك اختلاف لعرفوه ، وبالتالي لنقلوه إلينا ، وعلى هذا يترجح لدينا أنه ليس هناك من يخالفه ، ويكون داخلاً في النوع الذي اتفقوا عليه ، وإن كان أقل منه رتبة ، للاحتمال الضعيف ، ولذا قلنا : الظاهر أن الشافعي رحمه الله تعالى لا يقدم هذا النوع على القياس ، لأنه أقوى ظناً ، والله تعالى أعلم .

حال الصحابي الذي يحتج بقوله :

ذكر العلماء تعاريف عدة للصحابي ، منها :

١ - هو من اجتمع بالنبي ﷺ مؤمناً به ومات على الإسلام ، وإن لم يختص به اختصاص الصحاب بالمصحوب ، ولا طالت مدة صحبته ولا روى عنه .

وهذا تعريف علماء الحديث والكلام ، وبدهي أن الصحابي بهذا المعنى الواسع ليس هو المراد لدى من قال بحجية مذهب الصحابي ، إذ قد يكون الواحد من هؤلاء لم يلق النبي ﷺ إلا مرة أو مرتين ، ولم يرو عنه إلا الحديث أو الحديثين ، فكان لزاماً أن يكون للصحابي الذي يحتج بقوله غير هذا التعريف .

٢ - لذا عرفه علماء الأصول بما يلي :

الصحابي : هو من لقي النبي ﷺ وآمن به ، ولازمه زمناً طويلاً ، واخذ عنه العلم ، واختص به اختصاص الصحاب بالمصحوب حتى صار يطلق عليه اسم الصحاب عرفاً .

وذلك : كالخلفاء الراشدين وعبد الله بن مسعود وأنس بن مالك ، وزوجات النبي ﷺ ، وغيرهم ، رضي الله عنهم ، ممن جمع إلى الإيمان والتصديق ملازمة النبي ﷺ ، فوعوا أقواله ، وشهدوا أفعاله ، وعملوا على التآسي والاقتداء به ، فكانوا مرجعا للناس فيما بلغ رسول الله ﷺ عن ربه .

علما بأن الصحابة - رضي الله عنهم أجمعين - لم يكونوا على درجة واحدة من الفقه والاستنباط ، كما لم يكونوا على درجة واحدة بكثرة الرواية عن رسول الله ﷺ . ولقد اشتهر من بينهم جماعة عرفوا بالفتوى ، واشتهروا بالعلم ، فكانوا موئل المسلمين في فهم الشريعة كلما حزبهم أمر ، فأمثال هؤلاء هم الذين يحتج بقولهم من رآه حجة في بناء الأحكام الشرعية ، ولذا قيد جلال الدين المحلي الصحابي الذي يبحث في حجية قوله : بالمجتهد^(١) .



(١) الإحكام : ٨٢/٢ ، الآيات البينات : ١٩٤/٤ مع شرح المحلي . وانظر أثر الاختلاف : بحث مذهب الصحابي .

الفصل الثاني

أثر القول بمذهب الصحابي

وفيه المسائل الآتية :

- ١ - حكم سجود التلاوة .
- ٢ - صلاة الجمعة لمن صلى العيد .
- ٣ - الزكاة في مال الصبي والمجنون .
- ٤ - زكاة الحلي .
- ٥ - متى يقطع المقتر التلبية .
- ٦ - افتراق الزوجين في حج القضاء المفسد بالجماع .
- ٧ - جزاء الصيد في الحرم والحرم .
- ٨ - جزاء صغار الصيد .
- ٩ - جزاء صيد الحمام .
- ١٠ - شراء ما باعه باقل مما باعه به قبل نقد الثمن .
- ١١ - وجوب المهر بالخطوة وإرخاء الستور .
- ١٢ - حكم النكاح في العدة .
- ١٣ - خيار العيب في النكاح .
- ١٤ - الحكم بالتفريق لزوج المفقود .
- ١٥ - إرث المطلقة في مرض الموت .
- ١٦ - الضمان في الجناية على الحيوان .
- ١٧ - القطع على الخادم .
- ١٨ - نكابة العدو في الأموال .
- ١٩ - القدر الواجب في الجزية .

لقد كان لهذا الدليل والاختلاف فيه أثر بين في الاختلاف في كثير من الفروع
الفقهية ، بين من أطلق القول به ومن قيد ، ومن أطلق القول بتركه أو استأنس •
لاسيما وأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا من الكثرة بحيث لا يحصون ، وكان
الكثير منهم من ذوي الاجتهاد والفتوى ، وكثرت أقوالهم وفتاواهم اطراداً مع
كثرتهم •

علما بأن الصحابة رضي الله عنهم قد اتشروا في الأمصار التي فتحت ، واطلعوا
على أشياء مختلفة ومتنوعة ، فاختلفت اجتهاداتهم وفتاواهم وتنوعت ، حسب اختلاف
الأمصار وتنوع الحوادث • فكان من البدهي أن يوجد اختلاف في أقوالهم ، ولربما
اطلع إمام من الأئمة على قول أحدهم ولم يبلغه خلاف غيره فيه فيكون حجة عنده ،
بينما يطلع الآخر على الخلاف فلا يأخذ به ، أو يرجح غيره عليه لمرجح معتبر عنده •
على أن الصحابة رضي الله عنهم ليسوا على مرتبة واحدة — كما ذكرنا — في
العلم والسماع والفهم عن رسول الله ﷺ ، وهذا من شأنه أن يجعل الإمام الفقيه
يقدم قول من يراه أوثق علماً ، وأدق فهماً ، وأوسع اجتهاداً على غيره ، بينما يرى
غيره غير ما رأى ، فيكون الخلاف لاختلاف الاعتبار في التقديم •

ولهذه الاعتبارات نجد أن مذهب الصحابي كان سبباً بارزاً من أسباب
الاختلاف ، وكان له أثر كبير في اختلاف المذاهب الفقهية •

وسأعرض في هذا الفصل — إن شاء الله تعالى — بعض المسائل الفقهية التي
تبرز هذا الأثر •

المسألة الأولى : حكم سجود التلاوة :

اختلفوا في حكم سجود التلاوة : أهو واجب أو سنة ؟ •

١ — قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : هو سنة ، أو فضيلة
— عند مالك — وليس بواجب •

قال الزرقاني في شرحه على الموطأ [١٩٤/٢] : وهو سنة أو فضيلة ، قولان مشهوران .

وقال الشافعي في الأم [١١٩/١] : ولا أحب أن يدع شيئاً من سجود القرآن ، وإن تركه كرهته له ، وليس عليه قضاؤه ، لأنه ليس بفرض .

وقال الخرقى [المغني : ٤٤٦/١] : ومن سجد فحسن ، ومن ترك فلا شيء عليه . قال ابن قدامة : إن سجدة التلاوة سنة مؤكدة ، وليست بواجب عند إمامنا .

٢ - وقال أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إنه واجب .

قال في بداية المبتدي [٣٨٣/١] بعد ذكره مواضع السجود : والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع ، سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد .

الأدلة :

١ - احتج مالك وأحمد رحمهما الله تعالى بقول الصحابي ، وذلك ما رواه مالك في الموطأ [٢٠٦/١] عن هشام بن عروة عن أبيه : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قرأ سجدة وهو على المنبر يوم الجمعة ، فنزل وسجد ، وسجد الناس معه ، ثم قرأها يوم الجمعة الأخرى ، فتهياً للناس للسجود ، فقال : على رسلكم ، إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء ، فلم يسجد ومنعهم أن يسجدوا . اهـ .

قالوا : وهذا بحضر الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد ، ولم ينقل عن أحد منهم خلاف ، وهم أفهم بمغزى الشرع وأقعد بفهم الأوامر الشرعية^(١) .

٢ - واحتج الشافعي رحمه الله تعالى : بأن السجود صلاة ، والصلاة التي فرضت في الكتاب ذكرت مجملة ، ثم ينتها السنة ، فدل البيان وعمل النبي ﷺ على أن الصلاة المفروضة هي الصلوات الخمس ، وكل ما عداها مما يسمى صلاة فليس بفرض .

(١) المغني : ٤٤٦/١ ، بداية المجتهد : ٢١٤/١ ، الزرقاني على الموطأ : ١٩٤/٢ ، ١٩٦ .

قال في الأم [١١٨/١ - ١١٩] : فإن قال قائل : ما دل على أنه ليس بفرض ؟

قيل : السجود للصلاة ، قال الله تعالى : « إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً » / النساء : ١٠٣ / • فكان الموقوت يحتمل مؤقتاً بالعدد ومؤقتاً بالوقت ، فأبان رسول الله ﷺ أن الله عز وجل فرض خمس صلوات • فقال رجل : يا رسول الله هل علي غيرها ؟ قال لا • إلا أن تطوع • فلما كان سجود القرآن خارجاً من الصلوات المكتوبات ، كانت سنة اختيار ، فأحب إلينا أن لا يدعه ، ومن تركه ترك فضلاً لا فرضاً •

وقال : وفي سجود النبي ﷺ في النجم ، دليل على ما وصفت ، لأن الناس سجدوا معه إلا رجلين ، والرجلان لا يدعان الفرض - إن شاء الله - ولو تركاه أمرهما رسول الله ﷺ بإعادته •

وذكر حديث أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قرأ بالنجم فسجد ، وسجد الناس معه إلا رجلين •

وحديث زيد بن ثابت : أنه قرأ عند رسول الله ﷺ بالنجم ، فلم يسجد فيها •

قال الشافعي : وفي هذين الحديثين دليل على أن سجود القرآن ليس بحتم ، ولكننا نحب أن لا نترك لأن النبي ﷺ سجد في النجم وترك^(١) •

٣ - واحتج أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى :

أ - بقوله ﷺ : (السجدة على من سمعها وعلى من تلاها)^(٢) •

وجه الاستدلال بالحديث أن كلمة (على) كلمة إيجاب ، وهذا يدل على وجوب السجود على التالي والسماع •

(١) وانظر صحيح البخاري : ٥١/٢ ، وسنن أبي داود : ٣٢٤/١ •

(٢) قال في الفتح : رفعه غريب (٣٨٢/١) وقال في نصب الراية : حديث غريب ، وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر (رضي الله عنه) أنه قال : السجدة على من سمعها ، وفي صحيح البخاري : إنما السجود على من استمع (١٧٨/٢) وانظر صحيح البخاري : ٥٢/٢ •

ب - أخرج مسلم [٨٧/١] عن أبي هريرة رضي الله عنه في الإيمان يرفعه :
(إذا قرأ ابن آدم السجدة اعتزل الشيطان يبكي يقول : يا ويله ؟ أمر ابن آدم
بالسجود فسجد فله الجنة ، وأمرت بالسجود فأبيت فلي النار) •

قالوا : والأصل أن الحكيم إذا حكى عن غير الحكيم كلاماً ولم يعقبه بالإنكار
كان دليل صحته ، فهذا ظاهر في الوجوب ، حيث جوزي الفاعل بالجنة والتارك
بالنار ، ولا يجزى بالنار إلا على ترك الواجب •

د - قالوا : إن أي السجدة تفيد الوجوب ، لأنها ثلاثة أقسام :

- قسم فيه الأمر الصريح بالسجود •

- قسم تضمن حكاية استنكاف الكفرة حيث أمروا به •

- قسم فيه حكاية فعل الأنبياء السجود •

قالوا : وكل من الامتثال والاعتداء ومخالفة الكفرة واجب ، إذ الأصل هو
حمل الأوامر والأخبار - التي تنزل منزلة الأوامر - على الوجوب ، إلا أن يدل
دليل في معين على عدم لزومه • لكن دلالتها فيه ظنية ، فكان الثابت الوجوب
لا الفرض • والاتفاق على أن ثبوتها على المكلفين مقيد بالتلاوة لا مطلقاً ، فلزم
كذلك (١) •

المسألة الثانية : صلاة الجمعة لمن صلى العيد :

اختلف العلماء فيما إذا كان الفطر أو الأضحى يوم جمعة ، هل تجزى صلاة
العيد عن حضور صلاة الجمعة ؟ •

١ - ذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : أن أهل القرى الذين تلزمهم الجمعة ،
إذا حضروا العيد ، يرخص لهم أن لا يحضروا الجمعة ، وأما أهل البلد فلا يسقط
عنهم حضورها •

(١) الهداية وشروحها : ٣٨٢/١ ، وانظر بداية المجتهد : ٢١٤/١ - ٢١٥ •

قال في الأم [٢١٢/١] : وإذا كان يوم الفطر يوم الجمعة ، صلى الإمام العيد حين تحل الصلاة ، ثم أذن لمن حضره من غير أهل المصر في أن ينصرفوا إن شاؤوا إلى أهلهم ، ولا يعودون إلى الجمعة ، والاختيار لهم أن يقيموا حتى يجمعوا ، أو يعودوا بعد انصرافهم إن قدروا حتى يجمعوا ، وإن لم يفعلوا فلا حرج إن شاء الله تعالى .

وقال : وهكذا إن كان يوم الأضحى ، لا يختلف إذا كان ببلد يجمع فيه الجمعة ويصلى العيد . وقال : ولا يجوز هذا لأحد من أهل المصر أن يدعوا أن يجمعوا ، إلا من عذر يجوز لهم به ترك الجمعة ، وإن كان يوم عيد . اهـ .

٢ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : أن حضور الجمعة يسقط عن صلى العيد من أهل القرى وأهل البلد على السواء إلا الإمام .

قال في المغني [٢٦٥/٢] : وإن اتفق عيد في يوم جمعة ، سقط حضور الجمعة عن صلى العيد إلا الإمام ، فإنها لا تسقط عنه إلا أن لا يجتمع له من يصلي به الجمعة اهـ .

٣ - وذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى إلى أنه لا يسقط حضورهما عن أحد ، ولا يغني حضور أحدهما عن الآخر .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢١١/١] : قال مالك : إذا اجتمع عيد وجمعة ، فالملكف مخاطب بهما جميعا : العيد على أنه سنة ، والجمعة على أنها فرض ، ولا ينوب أحدهما عن الآخر . اهـ .

وقال في الهداية [٤٢٣/١] : وفي الجامع الصغير : عيدان اجتماع في يوم واحد : فالأول سنة ، والثاني فريضة ، ولا يترك واحد منهما . اهـ .

٤ - وقال عطاء بن أبي رباح : إذا صلوا العيد لم تجب بعده في هذا اليوم صلاة الجمعة ، ولا الظهر ، ولا غيرهما إلا العصر ، لا على أهل القرى ولا أهل البلد .

[المجموع : ٣٦١/٤]

الادلة :

١ - عمدة الشافعي رحمه الله تعالى :

ما رواه مالك [الموطأ : ١٧٩/١] عن ابن شهاب عن أبي عبيد مولى ابن أزهري قال : شهدت العيد مع عثمان بن عفان ، فجاء فصلى ثم انصرف فخطب ، وقال : إنه قد اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان ، فمن أحب من أهل العالية^(١) أن ينتظر الجمعة فلينتظرها ، ومن أحب أن يرجع فقد أذنت له . اهـ . قال هذا في محضر من الصحابة وعلى ملائمتهم ، ولم ينكر عليه أحد .

والشافعي رحمه الله تعالى على أصله بعمل قول الصحابي هذا ، حيث إنه يوافق القياس ، لأن أهل القرى : لو كلفوا انتظار الجمعة وعدم الرجوع إلى أهلهم ، أو كلفوا بالعود إليها بعد ذهابهم ، لكان في ذلك مشقة عليهم ، وحضور الجمعة يسقط بالمشاق^(٢) .

٢ - واحتج أحمد وأصحابه رحمهم الله تعالى :

أ - بما روى إياس بن أبي رملة الشامي : قال : شهدت معاوية يسأل زيد بن أرقم : هل شهدت مع رسول الله ﷺ عيدين اجتماعاً في يوم واحد ؟ قال : نعم ، قال : فكيف صنع ؟ قال : صلى العيد ثم رخص في الجمعة ، فقال : (من شاء أن يصلي فليصل) رواه أبو داود [٢٤٦/١ - ٢٤٧] وأحمد ولفظه : (من شاء أن يجمع فليجمع) .

ب - وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال : (اجتمع في يومكم هذا عيدان ، فمن شاء أجزأه من الجمعة ، وإنا مجمعون) .
[أبو داود : ٢٤٦/١ - ٢٤٧]

ج - قالوا : إن الجمعة إنما زادت عن الظهر بالخطبة ، وقد حصل سماعها

(١) العالية : أماكن بأعلى أراضي المدينة ، وهي قرى بالنسبة إليها .

(٢) المجموع : ٣٦٠/٤ ، الام : ٢١٢/١ ، مغني المحتاج : ٣١٦/١ .

في العيد ، فيجزىء عن سماعها ثانيا ، وكذلك العيد والجمعة وقتها واحد ، فسقطت إحداها بالأخرى ، كالجمعة مع الظهر •

وأما الإمام : فلم تسقط عنه لقول النبي ﷺ (وإنا مجمعون) ، ولأنه لو تركها ، لامتنع فعل الجمعة في حق من تجب عليه ، ومن يريد ، ممن سقطت عنه •
[المغني : ٢ / ٢٦٥ - ٢٦٦]

٣ - وحجة أبي حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى : أن الأصل حضور العيد والجمعة - أما الجمعة فلأنها فريضة ، وأما العيد فلأن تركها بدعة وضلال - ولا يترك الأصل إلا أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير إليه •

هذا ، والظاهر أن قول عثمان رضي الله عنه في هذا الباب ليس من قيل ما يدرك بالرأي ، ومن المعلوم أن الحنفية يعتمدون قول الصحابي مطلقا ويقدمونه على القياس إذا كان مما لا يدرك بالرأي ، فلعل هذا الحديث لم يثبت عندهم حتى خالفوه •

٤ - وأما مالك رحمه الله ، وهو راوي الحديث عن عثمان ، فوجه مخالفته له وعدم الأخذ به - وهو الذي يعتمد قول الصحابي مطلقا دون أي شرط - هو ما ذكره الزرقاني في شرحه على الموطأ ، إذ قال بعد ذكره الحديث :

يجوز إذا أذن الإمام ، وبه قال مالك في رواية علي وابن وهب ومطرف وابن الماجشون ، وأفكر رواية ابن القاسم بالمنع وبالجواز ، وقال : وروى ابن القاسم عن مالك أن ذلك لا يجوز ، وأن الجمعة تلزمهم على كل حال • قال : ولم يبلغني أن أحدا أذن لهم غير عثمان • ووجه عموم قوله تعالى : « فاسعوا إلى ذكر الله » / الجمعة : ٩ / • وأن الفرائض ليس للأئمة الإذن في تركها ، وإنما ذلك بحسب العذر ، وإنما لم ينكر على عثمان لأن المختلف فيه لا يجب إنكاره ، على أن بعضهم قال : ليس في كلام عثمان هذا تصريح بعدم العود إلى المسجد لصلاة الجمعة ، حتى

يستدل به على سقوطها إذا وافق العيد يوم الجمعة ، ويحتمل أنهم لم يكونوا ممن تلتزمهم الجمعة لبعد منازلهم عنها^(١) .

٥ - وحجة عطاء مارواه هو إذ قال : اجتمع يوم جمعة ويوم عيد على عهد ابن الزبير ، فقال : عيدان اجتماعا ، فجمعهما فصلاهما ركعتين بكرة ، لم يزد عليهما حتى صلى العصر . رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط مسلم .

وعنه قال : صلى ابن الزبير في يوم عيد يوم جمعة أول النهار ، ثم رحنا إلى الجمعة فلم يخرج إلينا ، فصلينا وحدا ، وكان ابن عباس بالطائف ، فلما قدم ذكرنا ذلك له ، فقال : أصاب السنة . رواه أبو داود بإسناد حسن أو صحيح على شرط مسلم . [المجموع : ٤ / ٣٦١ ، وانظر سنن أبي داود : ٢ / ٢٤٦]

المسألة الثالثة : الزكاة في مال الصبي والمجنون :

اختلف الأئمة في وجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون :

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنها تجب في مالهما مطلقا .

قال في بداية المجتهد [١ / ٢٣٦] : فأما الصغار فإن قوما قالوا تجب الزكاة في أموالهم ، وبه قال : مالك . .

وقال في الشرح الكبير [١ / ٤٥٥] : وفي مائتي درهم شرعي ، أو عشرين دينارا فأكثر ، أو مجمع منهما بالجزء ربع العشر ، وإن لطفل أو مجنون .

وقال في الأم [٢ / ٢٣] : وتجب الصدقة على كل مالك تام الملك من الأحرار ، وإن كان صبيا ، أو معتوها ، أو امرأة ، لا افتراق في ذلك بينهم . وقال : وسواء كل مال اليتيم : من فاض وماشية وزرع وغيره ، فما وجب على الكبير البالغ فيه الزكاة وجب على الصغير فيه الزكاة ، والمعتوه ، وكل حر مسلم ، وسواء في ذلك الذكر والأنثى .

(١) بداية المجتهد : ١ / ٢١١ ، الزرقاني على الموطأ : ٢ / ١١٥ ، الهداية وشروحها :

وقال الخرقى [المغني : ٢ / ٤٦٥] : والصبي والمجنون يخرج عنهما وليهما .
قال ابن قدامة : إن الزكاة تجب في مال الصبي والمجنون ، لوجود الشرائط الثلاث
فيهما : وهي الحرية والإسلام والملك التام ، ويخرجهما عنهما وليهما .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه لا زكاة عليهما ، وإنما عليهما العشر
فيما تخرجه الأرض .

قال في بداية المبتدي [١ / ٤٨٣] : وليس على الصبي والمجنون زكاة .

٣ - وقال النخعي والحسن وسعيد بن جبير : ليس في مال اليتيم صدقة أصلاً ^(١) .

٤ - وفرق قوم بين الناض وغيره فقالوا : عليه الزكاة إلا في الناض ^(٢) .

الأدلة :

١ - عمدة الإمام مالك رحمه الله تعالى ما رواه في الموطأ من قول عمر ، وعمل
عائشة رضي الله عنهما .

جاء في الموطأ [١ / ٢٥١] : عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال : اتجروا
في أموال اليتامى ، لا تأكلها الصدقة . ووجه الاستدلال به : أنه إنما تأكلها الصدقة
بإخراجها ، وإنما يجوز إخراجها إذا كانت واجبة ، لأنه ليس لولي اليتيم أن
يتبرع بماله .

وجاء أيضاً : عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه قال : كانت
عائشة تليني وأخا لي يتيمين في حجرها ، فكانت تخرج من أموالنا الزكاة . وهذا
صريح في المطلوب . [واظر الزرقاني : ٢ / ٣٢٥]

٢ - واحتج الحنابلة بما روي من قول عمر وعائشة رضي الله عنهما . وكذلك
بما أخرجه الدارقطني [٢ / ١١٠] عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما مرفوعاً إلى
النبي ﷺ أنه قال : (من ولي يتيماً له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة) .
ووجه الاستدلال به ما ذكرناه في وجه الاستدلال بقول عمر .

(١) بداية المجتهد : ١ / ٢٣٦ . والناض : هو ما تحصل وتجمع من الأثمان .

وقالوا أيضا : الزكاة حق يتعلق بالمال فيجب في مالهما ، قياسا على سائر الحقوق المالية من النفقة وقيم المتلفات • ومن وجب العشر في زرعه وجب ربع العشر في ورقه — ما يملكه من الفضة ونحوها — كالبالغ العاقل • [المغني : ٢ / ٤٦٥]

٣ — واحتج الشافعي رحمه الله تعالى بالكتاب والسنة والقياس وأقوال الصحابة رضي الله عنهم :

أما الكتاب : فهو أن الله سبحانه وتعالى ذكر في كتابه : أنه ملك عباده المال ، وجعل فيه حقا لغيرهم ، وأمر نبيه ﷺ أن يأخذ هذا الحق في وقته ، ولم يفرق بين مالك وآخر ، كما أنه سبحانه لم يخص مالا دون مال •

قال في الأم : الزكاة في مال اليتيم كما في مال البالغ ، لأن الله عز وجل يقول : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » / التوبة : ١٠٣ / فلم يخص مالا دون مال •

وقال : الناس عبيد الله عز وجل ، فملكهم ما شاء أن يملكهم ، وفرض عليهم فيما ملكهم ما شاء : « لا يسأل عما يفعل وهم يسألون » / الأنبياء : ٢٣ / فكان فيما آتاهم أكثر مما جعل عليهم فيه ، وكل أنعم فيه عليهم جل ثناؤه • فكان فيما فرض عليهم فيما ملكهم زكاة ، أبان أن في أموالهم حقا لغيرهم في وقت ، على لسان نبيه ﷺ ، فكان حلالا لهم ملك المال ، وحراما عليهم حبس الزكاة ، لأنه ملكها غيرهم في وقت كما ملكهم أموالهم دون غيرهم • فكان بينا فيما وصفت وفي قول الله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم » أن كل مالك تام الملك — من حر له مال فيه زكاة — سواء في أن عليه فرض الزكاة ، بالغا كان أو صحيحا أو معتوها أو صبيا ، لأن كلا مالك ما يملك صاحبه ، وكذلك يجب في ملكه ما يجب في ملك صاحبه •

وأما السنة : فما رواه في الأم عن يوسف بن ماهك : أن رسول الله ﷺ قال : (ابتغوا في أموال اليتامى حتى لا تذهبها — أو لا تستهلكها — الصدقة) •

وأما القياس : فهو أن الزكاة حق يتعلق بالمال ، فيجب على الصبي والمجنون كما تجب عليهما سائر الحقوق المالية . قال في الأم : كما يلزم الصبي والمعتوه نفقة من تلزم الصحيح البالغ نفقته ، ويكون في أموالهما جنايتهما على أموال الناس كما يكون في مال البالغ العاقل — وكل هذا حق لغيرهم في أموالهم — فكذلك الزكاة ، والله أعلم . [الأم : ٢٣/٢ — ٢٤]

وأما أقوال الصحابة :

١ — فما رواه مالك عن عائشة رضي الله عنها .

٢ — ما رواه عن عمر رضي الله عنه أنه قال لرجل : إن عندنا مال يتيم قد أسرعت فيه الزكاة . [الأم : ٢٣/٢ — ٢٤]

هذا وذكر الخطيب الشربيني في مغني المحتاج [٤٠٩/١] أدلة غير هذه وقال : ولم يصح في إسقاط الزكاة ولا في تأخر إخراجها إلى البلوغ شيء . وقال : قال أحمد : لا أعرف عن الصحابة شيئا صحيحا أنها لا تجب .

٤ — وحجة الحنفية :

١ — أنها عبادة ، لأن العبادة ما يأتي به المرء على خلاف هوى نفسه ، تعظيما لأمر ربه ، والزكاة كذلك . وأيضا قد قال رسول الله ﷺ : (بني الإسلام على خمس : شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، والحج ، وصوم رمضان) . وغير الزكاة عبادة بالاتفاق ، فكذلك هي . وكل ما هو عبادة لا يتأدى إلا بالاختيار ، تحقيقا لمعنى الابتلاء ، ولا اختيار لهما لعدم العقل ، وإذا لم يصح منهما أداؤها فلا تجب في مالهما .

٢ — هو قول ابن مسعود رضي الله عنه ، فقد روى عنه أنه قال : ليس في مال اليتيم زكاة : وروى مثله عن ابن عباس رضي الله عنهما .
[انظر نصب الراية : ٣٣٤/٢]

٣ — وأما حجتهم في وجوب العشر فيما تخرجه أرضهما : فهي أن الغالب في

العشر معنى المؤنة ، ومعنى العبادة فيه تابع ، فالمالك ملكهما بمؤنتهما ، كما يملك العبد ملكا مصاحبا بها ، لأن المؤنة سبب بقاءه ، فتثبت مع ملكه .

ولأن سبب وجوب العشر الأرض النامية بالخارج ، فباعتبار الأرض وهي الأصل كانت المؤنة أصلا ، وباعتبار الخارج وهو وصف الأرض كان شبهها بالزكاة ، والوصف تابع للموصوف فكان معنى العبادة تابعا ، وبهذا خالف العشر الزكاة .
[الهداية وشروحها : ٤٨٣/١ - ٤٨٥]

٥ - وحجة القائلين بعدم الوجوب أصلا : أنها عبادة يشترط فيها العقل والبلوغ . [بداية المجتهد : ٢٣٦/١]

المسألة الرابعة : زكاة الحلي :

اختلف الأئمة فيما تتخذه المرأة حليا لها تلبسه من الذهب والفضة إذا بلغ وزنه نصابا ، هل تجب فيه الزكاة أولا ؟ .

١ - ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أنه ليس في الحلي زكاة ، قل ذلك أو كثر .

قال مالك في الموطأ [٢٥٠/١] : من كان عنده تبر أو حلي ، من ذهب ، أو فضة ، لا ينتفع به للبس ، فإن عليه فيه الزكاة في كل عام ، يوزن فيؤخذ ربع عشره إلا أن ينقص من وزن عشرين دينارا عينا أو مائتي درهم ، فإن نقص من ذلك فليس فيه زكاة . وإنما تكون فيه الزكاة إذا كان إنما يمسكه لغير اللبس ، فأما التبر والحلي المكسور الذي يريد أهله إصلاحه ولبسه فإنما هو بمنزلة المتاع الذي يكون عند أهله ، فليس على أهله فيه زكاة . اهـ .

وقال الشافعي في الأم [٣٥/٢] : وقد قيل في الحلي زكاة ، وهذا ما أستخير الله عز وجل فيه ، قال الربيع : قد استخار الله عز وجل فيه ، أخبرنا الشافعي : وليس في الحلي زكاة . قال الشافعي : وإن كان حليا يلبس أو يدخر أو يعار أو يكرى فلا زكاة فيه ، وسواء في هذا كثر الحلي لامرأة أو ضوعف أو قل . اهـ .

وقال الخرقى [المغني : ٤١/٣ ، ٤٣] : وليس في حلي المرأة زكاة إذا كان مما تلبسه أو تعيره • قال ابن قدامة : هذا ظاهر المذهب • وقال : وقليل الحلي وكثيره سواء في الإباحة والزكاة •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه تجب فيه الزكاة • قال في بداية المتدي : وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وأوانيهما الزكاة • قال في الفتح : سواء كان مباحا أولا ، حتى يجب أن يضم الخاتم من الفضة ، وحلية السيف والمصحف وكل ما انطلق عليه الاسم • [الهداية وشرحها : ١/٥٢٤]

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى عمل الصحابي ، وهو ما رواه في الموطأ [٢٥٠/١] : أن عائشة زوج النبي ﷺ كانت تلي بنات أخيها يتامى في حجرها ، لهن الحلي ، فلا تخرج من حليهن الزكاة • وأن عبد الله بن عمر : كان يخلي بناته وجواريه الذهب ، ثم لا يخرج من حليهن الزكاة •

٢ - والشافعي رحمه الله تعالى على أصله : فيما إذا ورد في المسألة أقوال عن الصحابة ، اختار منها ما كان معه القياس ، أو كان أشبه بالقياس •

وفي هذه المسألة ورد عن الصحابة رضي الله عنهم قولان :

١ - فقد ذكر الشافعي رحمه الله تعالى في الأم ما رواه مالك في الموطأ عن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما • وروى عن عمرو بن دينار أن رجلا سأل جابر ابن عبد الله عن الحلي أفیه زكاة ؟ فقال جابر : لا •

وقال : ويروى عن ابن عباس وأنس بن مالك ، ولا أدري أثبت عنهما معنى قول هؤلاء : ليس في الحلي زكاة •

٢ - وقال : ويروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمرو بن العاص : أن في الحلي زكاة • [الأم : ٣٤/٢ - ٣٥]

ولقد اختار رحمه الله تعالى القول بعدم الوجوب لأنه أقرب للقياس ، حيث إن الحلي من الذهب والفضة معد لاستعمال مباح ، فأشبهه العوامل من النعم^(١) ، وتلك لا زكاة فيها ، فكذلك هذه . قال المزني في مختصره [٢٣٩/١] : وقد قال الشافعي في غير كتاب الزكاة : ليس في الحلي زكاة ، وهذا أشبه بأصله ، لأن أصله أن في الماشية زكاة ، وليس على المستعمل منها زكاة ، فكذلك الذهب والورق^(٢) فيهما الزكاة ، وليس في المستعمل منهما زكاة . اهـ .

٣ - وحجة الإمام أحمد رحمه الله تعالى قريب مما احتج به الشافعي ، فقد قال ابن قدامة في المغني [٤١/٣ - ٤٣] : قال أحمد : خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : ليس في الحلي زكاة ، ويقولون : زكاته عاريتة .

وقال أيضا : ولأنه مرصد لاستعمال مباح ، ومصرف عن جهة النماء ، فلم تجب فيه الزكاة .

وربما دعموا قولهم بما روى عافية بن أيوب عن الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : (ليس في الحلي زكاة)^(٣) .
[المغني : ٤١/٣ - ٤٣]

٤ - واحتج الحنفية لما ذهبوا إليه بالمنقول والمعقول وآثار عن الصحابة .
أما الأول : فمنه العام ومنه الخاص .

فمن العام : حديث علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ : (هاتوا صدقة الرقة : من كل أربعين درهما درهم) رواه أصحاب السنن الأربعة^(٤) ، وغيره كثير .

(١) هي ما يستعمل للحمل والحراثة ونحوها من الإبل والبقر .

(٢) الفضة .

(٣) أخرجه الدارقطني : ١٠٧/٢ . وفي سننه أبو حمزة ميمون قال عنه : ضعيف .

(٤) انظر سنن أبي داود : ٣٦٣/١ .

ومن الخاص : ما رواه أبو داود [٣٥٨/١] عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما : أن امرأة أتت النبي ﷺ ومعها ابنة لها ، وفي يد بنتها مسكتان غليظتان من ذهب ، فقال لها : (أتعطين زكاة هذا ؟) قالت : لا . قال : أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارا من نار) . قال : فخلعتهما ، فألقتهما إلى النبي ﷺ فقالت : هما لله ورسوله .

قال في الفتح : قال أبو الحسن بن القطان في كتابه : إسناده صحيح . وقال المنذري في مختصره : إسناده لا مقال فيه . ثم بينه رجلا رجلا . وذكر في الفتح أحاديث بهذا المعنى ، وناقش القول بضعفها والأحاديث التي تعارضها .

وأما الثاني وهو المعقول : فهو أن السبب في وجوب الزكاة في الذهب والفضة المال النامي ، ودليل النماء هو الإعداد للتجارة خلقة ، وهو موجود في الحلي المتخذ من النقدين ، ولم يخرجهما الابتذال والاستعمال عن ذلك ، لأن النماء التقديري حاصل ، وهو المعتبر - للإجماع على عدم توقف الوجوب على النماء الحقيقي - فإذا كان موجودا لا اعتبار بما ليس بأصل وهو الإعداد للابتذال . وإذا انتفت موانع الابتذال عمل السبب عمله ، ووجبت الزكاة .

هذا ولقد ناقش في الفتح ما رواه الأئمة الثلاثة من آثار ، وذكر أنها معارضة بمثلها عن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود ، رضي الله عنهم .
وأما أقوال الصحابة فهي :

— ما رواه ابن أبي شيبة عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : أن مر من قبلك من نساء المسلمين أن يزكين حليهن ، ولا يجعلن الزيادة والهدية بينهن تقارضا .

— ما رواه عبد الرزاق عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : في الحلي زكاة .

— ما رواه الدارقطني عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما : أنه كان يكتب

إلى خازنه سالم أن يخرج زكاة حلي بناته كل سنة . وروى ابن أبي شيبة عنه : أنه كان بأمر نساءه أن يزكين حليهن ^(١) .

المسألة الخامسة : متى يقطع المعتمر التلبية :

اختلفوا في ذلك :

١ - فذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه إن أحرم بالعمرة من الميقات قطع التلبية إذا وصل الحرم ، وإن أحرم بها من أدنى الحل قطع التلبية حين يرى البيت .
جاء في الموطأ [٣٤٣/١] : قال مالك : فيمن أحرم من التنعيم إنه يقطع التلبية حين يرى البيت . قال يحيى : سئل مالك عن الرجل يعتمر من بعض المواقيت وهو من أهل المدينة أو غيرهم متى يقطع التلبية ؟ قال : فأما المهل من المواقيت فإنه يقطع التلبية إذا انتهى إلى الحرم .

٢ - وذهب الأئمة الثلاثة الشافعي وأحمد وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى أن المعتمر يقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف .

قال في مغني المحتاج [٥٠١/١] : وأما المعتمر فيقطع التلبية إذا افتتح الطواف .
وقال ابن قدامة [المغني : ٣٦١/٣] : قال أبو عبد الله : يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن .

وقال في بداية المبتدي [٢١١/٢] : ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف .

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى عمل الصحابي ، وذلك أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما سلفه في ذلك .

قال في الموطأ [٣٤٣/١] بعد إجابته السائل عن ذلك : وبلغني أن عبد الله بن عمر كان يصنع ذلك . [وانظر بداية المجتهد : ٣٢٨/١]

(١) الهداية وشروحها : ٥٢٤/١ - ٥٢٦ .

٢ - واعتمد الشافعي رحمه الله تعالى قول ابن عباس رضي الله عنهما • فإنه قال في الأم [١٧٦/٧] : وإنما اختلف الناس عندنا : فمنهم من قال : يقطع التلبية في العمرة إذا دخل الحرم ، وهو قول ابن عمر • ومنهم من قال : إذا استلم الركن ، وهو قول ابن عباس ، وبهذا نقول • اهـ •

وهذه طريقة الشافعي رحمه الله تعالى - كما علمنا - إذا وجد في المسألة أقوالاً للصحابة رضي الله عنهم أخذ بما كان منها أقرب إلى القياس • ووجه قرب قول ابن عباس من القياس : أن الطواف من أسباب التحلل من العمرة فتقطع عنده التلبية ، كما تقطع في الحج عند رمي الجمرة ، الذي هو من أسباب التحلل فيه • [انظر مغني المحتاج : ١/٥٠١]

٣ - وعمدة أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى :

١ - حديث ابن عباس رضي الله عنهما : أنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية إذا استلم الحجر • رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح • ورواه أبو داود [٤٢٢/١] ولفظه : أن النبي ﷺ قال : (يلبي المعتبر حتى يستلم الحجر) • وروي مثله عن ابن مسعود وعن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ •

٢ - قالوا : التلبية إجابة إلى العبادة ، وإشعار للإقامة عليها ، وإنما يتركها إذا شرع بمنافيتها وهو التحلل منها ، والتحلل يبتدىء بالطواف ، فيتركها إذا شرع فيه ، وكذلك البدء بالطواف هو الشروع بأعمال العمرة ، فلا تقطع التلبية قبله ، كما لا تقطع قبل الشروع بأعمال الحج وهو الرمي ، وتترك عنده كما تترك إذا شرع بالرمي لحصول التحلل به • [المغني : ٣/٣٦١ • الهداية وشروحها : ٢/٢١١]

المسألة السادسة : افتراق الزوجين في حج القضاء المفسد بالجماع :

لا خلاف بين الأئمة أن الجماع مفسد للحج ، وإن كانوا قد اختلفوا في الوقت الذي إذا وقع فيه كان مفسداً •

ولا خلاف أيضاً عند الجمهور : في وجوب المضي في الحج الفاسد ، وأن عليه القضاء والهدي ، وإن اختلفوا فيما يجزىء هدياً فيه •

واختلفوا في الزوجين اللذين أفسدوا حجهما بالجماع وأرادوا القضاء ، هل يفترقان مدة أداء مناسك الحج أولا ؟ •

١ - ذهب مالك وزفر - من أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله تعالى : إلى وجوب افتراقهما من وقت الإحرام حتى نهاية أداء المناسك •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٣٥٩/١] : وقال مالك : يفترقان من حيث أحراما ، إلا أن يكونا أحراما قبل الميقات •

وقال في متن سيدي خليل [٧٠/٢] : وفارق وجوباً من أفسد حجه معه ، من حين إحرامه بالقضاء لتحلله برمي العقبة ، وطواف الإفاضة ، والسعي إن تأخر •
وقال في العناية [٢٤٠/٢] : وقال زفر : يفترقان من وقت الإحرام •

٢ - وذهب الحنفية إلى : أنه لا يجب ذلك ، وإنما يستحب إذا خاف الفتنة على أنفسهما بالاجتماع •

قال في بداية المبتدي : [٢٤٠/٢] : وليس عليه أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسداه •

٣ - وذهب الشافعية إلى استحباب الافتراق من حين الإحرام ، فإذا لم يفترقا ووصلا إلى المكان الذي أفسدا فيه الحج ، ففي المذهب وجهان في وجوب الافتراق واستحبابه : الأصح منهما أنه مستحب •

قال النووي في المجموع [٣٨٨/٧] : إذا خرج الرجل وزوجته المفسدان ، ليقضيا الحج أو العمرة ، واصطحبا في طريقهما ، استحباب لهما أن يفترقا من حين الإحرام ، فإذا وصلا إلى الموضع الذي جامعها فيه ، فهل يجب فيه المفارقة ؟ فيه خلاف :

قال : واتفقوا على أن الأصح أنه مستحب وليس بواجب • اه •

٤ - وعند الحنابلة وجهان في وجوب الافتراق واستحبابه • وعن أحمد روايتان في مكان الافتراق •

قال في المغني [٣٣٤/٣] : وإذا قضيا تفرقا من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما ، وروي عن أحمد أنهما يفترقان من حيث يحرمان حتى يحلا •

وقال : وهل يجب التفريق أو يستحب ؟ فيه وجهان : أحدهما لا يجب ،
والثاني : يجب . قال ابن قدامة : والأول أولى .

الأدلة :

١ - حجة القول بالوجوب :

٢ - قول الصحابي : وذلك أنه قول عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة
رضي الله عنهم .

— جاء في الموطأ : عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب
وأبا هريرة : سئلوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج ؟ فقالوا : ينفذان يعضيان
لوجههما حتى يقضيا حجهما ، ثم عليهما حج قابل والهدي ، قال : وقال علي بن أبي
طالب : إذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما .

— وقال في المغني : روى سعيد والأثرم بإسناديهما عن عمر : أنه سئل عن
رجل وقع بامرأته وهما محرمان ؟ فقال : أتبا حجكما ، فإذا كان عام قابل فحجا
وأهديا ، حتى إذا بلغتما المكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما تفرقا حتى تحلا .
قال : ورويا عن ابن عباس مثل ذلك .

قالوا : روي ذلك عن هؤلاء ، ولا نعرف مخالفاً لهم من الصحابة ، وظاهرها
الوجوب ، فيحمل عليه .

ب — ودعم هذا القول عند هؤلاء : العمل بسد الذرائع ، فيؤمنان بالافتراق
خوفاً من عودهما لمثل ماضي منهما ، حيث إن اجتماعهما في تلك المواضع قد يذكرهما
بالجماع ، فيكون من دواعيه ، فيمنعان منه . قال ابن رشد : فسبب الخلاف أن
من أخذهما بالافتراق فسد للذريعة (١) .

(١) الموطأ : ٣٨١/١ ، المغني : ٣٣٤/٣ ، المجموع : ٣٧٩/٧ ، بداية المجتهد :

٣٥٩/١ ، الهداية وشروحها : ٢٤٠/٢

٢ - وأما الذين قالوا بالاستحباب : فإنهم حملوا أمر الصحابة على الندب
لأعلى الوجوب ، وقاسوا ذلك على قضاء رمضان إذا أفسده ، فلا يجب التفرق
فيه ، فكذلك في الحج ، ولم يعتبروا الذريعة ، لأنه يعارضها : أنهما يتذكران
ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة ، فيزدادان ندماً وتحزناً وبعداً
عن ذلك .

قال في العناية : ونقول : مراد الصحابة رضي الله عنهم أنهما يفرقان على
سبيل الندب إن خافا على أنفسهما الفتنة ، كما يندب للشباب الامتناع عن التقبيل
في حالة الصوم إذا كان لا يأمّن على نفسه ما سواه .

وقال ابن قدامة : لأن حكمة التفريق الصيانة عما يتوهم من معاودة الوقوع
عند تذكره برؤية مكانه ، وهذا وهم بعيد لا يقتضي الإيجاب ^(١) .

المسألة السابعة : جزاء الصيد :

اختلفوا في جزاء الصيد الواجب بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا
الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا
عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً ليدوق
وبال أمره » / المائدة : ٩٥ / .

اختلفوا : هل المثل هو القيمة ، أو النظير فيما له نظير ؟

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد ومحمد من أصحاب أبي حنيفة - رحمهم
الله تعالى : إلى أن المثل هو النظير فيما له نظير .

قال في الشرح الكبير [٨٠/٢] : والجزاء - بحكم عدلين فقيهين بذلك -
مثله من النعم .

وقال في المجموع [٤٠٣/٧] : وإن قتل صيداً نظرت إن كان له مثل من
النعم وجب عليه مثله من النعم ، والنعم هي الإبل والبقر والغنم .

(١) المفني : ٣٣٤/٣ ، المجموع : ٣٧٩/٧ ، الهداية وشروحها : ٢٤٠/٢

وقال في المعني [٤٤١/٣] : جزاء ما كان دابة من الصيد نظيره من النعم •

وقال في الهداية [٢٦٠/٢] : وقال محمد : يجب في الصيد النظير فيما له نظير •

وهؤلاء متفقون على أنه يخير بين الفداء بالنظير والإطعام والصيام ، وإن كانوا اختلفوا إذا اختار الإطعام : هل يقوم الصيد أو المثل • وكذلك إن اختار الصوم ، هل يصوم لكل مد يوماً ، أو لكل مدين يوماً •

٣ - وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إلى أن الجزاء المراد بالمثل هو القيمة ، ثم هو مخير بين : أن يشتري بها هدياً أو طعاماً ، أو يصوم عن ذلك •

قال في بداية المبتدي [٢٦٠/٢] : والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه ، أو في أقرب المواضع منه إذا كان في بركة ، فيقومه ذوا عدل ، ثم هو مخير في الفداء : إن شاء ابتاع بها هدياً وذبحه إن بلغت هدياً ، وإن شاء اشترى بها طعاماً وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير ، وإن شاء صام •

الأدلة :

أ - حجة القائلين بأن المراد يالمثل النظير عمل الصحابة • وذلك أن الصحابة رضي الله عنهم حكموا بذلك وقضوا به • فقد روي أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية ، رضي الله عنهم ، قالوا : في النعامة يقتلها المحرم بدنة من الإبل •

وحكم ابن عباس وأبو عبيدة رضي الله عنهما : في حمار الوحش بدنة ، وحكم عمر فيه ببقرة •

وقضى عمر بن الخطاب وعلي رضي الله عنهما في الغزال بعنز ، وفي الضبع بكبش •

وهكذا نجد أن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر وحكموا بذلك في الأزمنة المختلفة والبلدان المتفرقة ، فدل ذلك على أن ما حكموا

به ليس على وجه القيمة ، ولو حكموا بالقيم لاختلفت أحكامهم ، لاختلاف البلدان والأزمان ، ولو كان كذلك أيضاً لا اعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة إما : برؤية أو إخبار ، ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم .

ويدعم هذا القول ظاهر قوله تعالى : « فجزاء مثل ما قتل من النعم » .
وذلك أن قوله تعالى : (من النعم) بيان لكلمة (مثل) فيكون المراد — والله أعلم — فجزاء من النعم مثل المقتول ، ومثل المقتول هو ما يشبه المقتول صورة من النعم ، والنعم هي الإبل والبقر والغنم ، والقيمة ليست نعماً .

جاء في الأم : قلت للشافعي : أرأيت المحرم يصيب بقرة الوحش أو حمار الوحش ؟ فقال : في كل واحدة منهما بقرة . فقلت للشافعي : ومن أين أخذت هذا ؟ فقال : قال الله تبارك وتعالى : « لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم » . قال : ومثل ما قتل من النعم يدل على أن المثل على منظره البديل ، فلم يجز فيه إلا أن ينظر إلى مثل ما قتل من دواب الصيد ، فإذا جاوز الشاة رفع إلى الكبش ، فإذا جاوز الكبش رفع إلى بقرة ، فإذا جاوز البقرة رفع إلى بدنة ، ولا يجاوز شيء مما يودى ^(١) من دواب الصيد بدنة .

ويدعمه أيضاً ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال ^(٢) : (سألت رسول الله ﷺ عن الضبع أصيد هو ؟ قال : (نعم ، ويجعل فيه كبش إذا أصابه المحرم) ^(٣) .

ب — وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى :

١ — أن الله تعالى أطلق المثل ، والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ، ولا يمكن الحمل عليه لخروج ما ليس له مثل صوري من تناول النص ، وفي ذلك إهماله

(١) أي تدفع دينه وهي جزاؤه الذي يفدى به ، والله تعالى أعلم .

(٢) سنن أبي داود : ٣١٩/٢ . باختلاف في بعض الالفاظ لاتغير المعنى .

(٣) انظر : الأم : ١٦٠/٢ — ١٦٧ ، الهداية وشروحها : ٢٦٠/٢ ، المغني :

٤٤١/٣ — ٤٤٢ ، المجموع : ٤٠٣/٧ ، الزرقاني على الموطأ : ٢٤٢/٣ — ٢٤٤

عن حكم الشرع ، فحمل على المثل معنى ، لكونه معهوداً في الشرع ، كما في حقوق العباد . قال تعالى في ضمان العدوان : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » / البقرة : ١٩٤ / . والمراد المماثل في النوع إذا كان المتلف مثلياً ، والقيمة إذا كان قيمياً ، والحيوانات من القيميات شرعاً .

٢ - المثل المعنوي مراد بالإجماع فيما لا مثل له صورة ، فلا يكون غيره مراداً ، وإلا لزم عموم المشترك^(١) ، أو الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وكلاهما غير جائز .

٣ - في اعتبار المثل معنى تعميم : لأنه يتناول ماله نظير وما ليس له نظير ، وفي ضده أي في اعتبار المثل صورة تخصيص : لتناوله ماله نظير فقط ، والعمل بالتعميم أولى ، لأن النص يكون حينئذ أعم فائدة .

٤ - قالوا : المراد بالنص - والله أعلم - فجزاء هو قيمة ما قتل من النعم الوحش ، لأن المثل بمعنى القيمة - على ما بينا - و (من النعم) بيان لقوله تعالى : (ما قتل) والمراد بالنعم النعم الوحشي لأن الجزاء يجب بقتله لا بقتل الحيوان الأهلي ، وقد ثبت أن النعم كما يطلق على الأهلي في اللغة يطلق على الوحشي ، قاله أبو عبيد والأصمعي .

٥ - وقالوا أيضاً : المراد بما روي عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضي الله عنهم من إيجاب هذه النظائر لم يكن باعتبار أعيانها ، إذ لا مماثلة بين الضبع والشاة خلقة ، وإنما كان باعتبار التقدير بالقيمة . إلا أنهم كانوا أرباب المواشي ، فكان الأداء عليهم منها أيسر . [الهداية وشروحها : ٣ / ٢٦٠ - ٢٦١]

المسألة الثامنة : جزاء صغار الصيد :

اختلفوا في جزاء الصيد إذا كان صغيراً : هل يجزىء فيه صغار النعم ، وإذا قوم قوم بصغارها ؟ أولا يجزىء فيه إلا ما يجزىء في الهدي والضحايا ؟ .

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يجب في صغار الصيد ما يجب في كبارها ، ولا يقوم ما يفدى من الصيد إلا بما يجزىء هدياً وأضحية .

(١) عموم المشترك : أي أن يراد باللفظ المشترك جميع معانيه حيث لا تدل قرينة على أحدها . [انظر اثر الاختلاف في القواعد الأصولية : ٢٢٨] .

قال في الموطأ [٤١٦/١] : وكل شيء فدي صغاره مثل ما يكون في كباره .

وقال في الشرح الكبير [٨٢/٢] : والصغير من الصيد والمريض منه والجميل في منظره والأنثى والمعلم كغيره ، فلا بد في الصغير والمريض تقويمه بكبير صحيح يجزى ضحية •

وبمثل قول مالك قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى إذا اختار الهدي ، قال في الهداية [٢٦٣/٢] : وإذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزىه في الأضحية • قال في الفتح : حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقاً أو حملاً كفر بالإطعام أو بالصوم لا بالهدي •

٢ - وذهب الشافعي وأحمد ومحمد بن الحسن رحمهم الله تعالى إلى أنه يفدي صغار الصيد بالمثل من صغار النعم ، وكبار الصيد بالكبار منها • وروي أن قول أبي يوسف كقول محمد رحمهما الله تعالى •

قال في الأم [١٦٣/٢ - ١٦٥] : فلم يجز فيه إلا أن ينظر إلى مثل ماقتل من دواب الصيد ، فإذا جاوز الشاة رفع إلى كبش ، فإذا جاوز الكبش رفع إلى بقرة ، فإذا جاوز البقرة رفع إلى بدنة • ولا يجاوز شيء مما يودى من دواب الصيد بدنة • وإذا كان أصغر من شاة ، ثنية أو جذعة ، خفض إلى أصغر منها ، فهكذا القول في دواب الصيد •

وقال : وإن قتل حمار وحش صغيراً أو ثيتلاً^(١) صغيراً فداه ببقرة صغيرة •

وقال : في صغار الضبع صغار الضأن • وذكر قضاء عمر رضي الله عنه في الأرب بعناق وفي اليربوع جفرة^(٢) ، وقال : وبهذا كله تأخذ •

(١) الثيتل الوعل ، أو جنس من بقر الوحش •

(٢) العناق : الأنثى من ولد المعز قبل استكمالها الحول •

اليربوع : دويبة تشبه الفأرة ، رجلاه أطول من يديه •

جفرة : الأنثى من ولد الضأن بلغت أربعة أشهر •

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٤٤/٣] : قال أصحابنا : في كبير الصيد مثله من النعم ، وفي الصغير صغير ، وقال في الهداية [٢٦٣/٢] وقال محمد : يجزى صغار النعم فيها •

الأدلة :

١ - حجة مالك وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى : أن الله تعالى قال : « هدياً بالغ الكعبة » / المائدة : ٩٥ / • ومطلق اسم الهدى ينصرف إلى ما يجزى في الأضحية ، ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هدياً أنه لا يجزيه أقل من الجذع فما فوقه من الضأن ، والثني مما سواه (١) •

[الهداية : ٢٦٣/٢ ، بداية المجتهد : ٣٥٠/١]

ومن الحجة لمالك أيضاً : أنه قاس جزاء الصيد على دية الحر ، لافرق فيها بين الكبير والصغير • قال في الموطأ [٤١٦/١] : وإنما مثل ذلك مثل دية الحر الصغير والكبير فهما بمنزلة واحدة سواء • [وانظر الزرقاني : ٢٤٥/٣]

ويدعم القول بهذا عند مالك أيضاً أن العمل عليه في المدينة ، قال الزرقاني : في شرحه لقضاء عمر رضي الله عنه في الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة [٢٤٢/٣] : قال مالك : ليس العمل عندنا على قوله في الأرنب واليربوع ، لأنه لا يجزي من الهدى في الجزاء إلا ما يجزي في الضحايا : الثني من المعز فصاعداً ، ومن الضأن الجذع فصاعداً •

٢ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى ومن وافقه قضاء الصحابة في ذلك : فقد روى مالك في الموطأ ، وذكره الشافعي في الأم : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : قضى في الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة •

(١) الجذع : ما طعن في السنة الثانية . والثني : ما طعن في الثالثة .

وكذلك مارواه الشافعي عن ابن عيينة : أن عمر رضي الله عنه قضى في الضب
أن فيه جدياً .

وروى عن عثمان أنه قضى في أم حنين بحملان ^(١) من الغنم ، قال الشافعي :
يعني حملاً .

قال الشافعي بعد ذكره هذه الروايات : وبهذا كله نأخذ .

قال ابن قدامة : وقد أجمع الصحابة على الضمان بما لا يصح هدياً : كالجفرة
والعناق والجدي .

وقال في العناية محتجاً لما ذهب إليه محمد : ولأن الصحابة رضي الله عنهم
أوجبوا عناقاً وجفرة ، فدل على جواز ذلك في باب الهدي .

والذي يدعم قضاء الصحابة لديهم أنه أقرب إلى القياس ، لأن ما يضمن
باليد والجناية يختلف ضمانه بالصغر والكبر ، كالبهيمة .

وكذلك هو أشبه بظاهر القرآن ، لأن الهدي في الآية يعتبر بالمثل ، وحقيقة
المثل في الكبير كبير ، وفي الصغير صغير . ولذا نجد الشافعي بعد ذكره قضاء
الصحابة واختياره أن في الصغير صغيراً يقول : ومثل ماقتل من النعم يدل على أن
المثل على مناظرة البدل ^(٢) .

وهذا أيضاً من الشافعي رحمه الله تعالى عمل بما اعتبره أصلاً من أصوله ،
وهو : أنه إذا اتفق الصحابة على قول لا يخرج عن قولهم ، والظاهر أنهم
متفقون في هذا — كما ذكر ابن قدامة — حيث لم ينقل خلاف ذلك عن أحد منهم ،
والله أعلم .

(١) أم حنين : من حشرات الأرض تشبه الضب . والحملان : جمع حِمْل ،
وهو ولد الضأن في السنة الأولى .

(٢) الأم : ١٦٣/٢ — ١٦٥ ، الهداية وشروحها : ٢٦٣/٢ — ٢٦٤ ، المفني :
٤٤٤/٣

المسألة التاسعة : جزاء صيد الحمام :

اتفق الفقهاء على أن جزاء - ماعدا الحمام من الطير - إذا صاده المحرم عليه قيمته يشتري بها طعاماً أو عدل ذلك صياماً • إلا ماروي عن داود : أنه لأجزاء فيما لا مثل له من الصيد إلا الحمام ، فإن فيه شاة عنده ، وما روي عن عطاء أنه قال : في كل شيء من الطير شاة •

واختلفوا في جزاء صيد الحمام :

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يجب في حمام الحرم ويماهه شاة ، وفي حمام الحل القيمة • قال ابن رشد : قال مالك : في حمام مكة شاة ، وفي حمام الحل حكومة (١) •

قال الدسوقي في حاشيته [٨٢/٢] : فإن كان الصيد حمام الحرم ويماهه تعين فيه شاة تجزىء ضحية ، فإن عجز صام عشرة أيام • وإن كان الطير غير ما ذكر خير بين القيمة طعاماً وعدله صياماً •

٢ - وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أنه يجب في الحمام شاة مطلقاً ، سواء كان حمام الحل أم حمام الحرم •

قال النووي في المجموع [٤٠٤/٧] : وإن كان الصيد طائراً نظرت ، فإن كان حماماً - وهو الذي يعب ويهدر كالذي يقتنيه الناس في البيوت - فإنه يجب فيه شاة •

وجاء في الأم [١٦٧/٢] : في معرض بيان أنه لا فرق بين حمام الحرم وغيره : فيقال : كل شيء من الطائر سمته العرب حماماً ففيه شاة ، وذلك الحمام نفسه واليمام والقماري والدباس والفواخت ، وكل ما أوقعت العرب عليه اسم حمامة •

وقال ابن قدامة في المغني [٤٤٧/٣ ، ٤٤٨] : في الحمام شاة ، قال أحمد في رواية أبي القاسم وشندي : كل طير يعب الماء يشرب مثل الحمام ففيه شاة •

(١) بداية الجتهد : ٣٥٠/١ ، وانظر الزرقاني على الموطأ : ٢٤٤/٣

٣ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أن الواجب هو القيمة مطلقاً : أما أبو حنيفة وأبو يوسف فعلى قولهما في وجوب القيمة مطلقاً في الصيد ، وأما محمد فوافقهما في وجوب القيمة فيما ليس له نظير من الصيد ، ومنه الطير مطلقاً •
قال في الهداية [٢٦٠ / ٢] : وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله تجب فيه القيمة ، مثل العصفور والحمام وأشباههما ، وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما •

الأدلة :

أ - أما الحنفية فعلى أصلهم من أن الجزاء الواجب في الصيد هو القيمة مطلقاً ، وقد سبق استدلالهم على ذلك في مسألة (جزاء الصيد ص : ٣٧٥) •

ب - وحجة الذين قالوا بوجوب الشاة في الحمام مطلقاً :

١ - أن عدداً من الصحابة رضي الله عنهم قضوا بذلك في حمام مكة ، ولا مخالف لهم :

- فقد روي عن نافع بن عبد الحارث رضي الله عنه قال : قدم عمر بن الخطاب مكة فدخل دار الندوة في يوم الجمعة ، وأراد أن يستقرب منها الرواح إلى المسجد ، فألقى رداءه على واقف في البيت ، فوقع عليه طير من هذا الحمام ، فأطاره ، فاتهزته حية فقتلته ، فلما صلى الجمعة دخلت عليه أنا وعثمان بن عفان ، فقال : احكما علي في شيء صنعته اليوم : إني دخلت هذه الدار ، وأردت أن أستقرب منها الرواح إلى المسجد ، فألقيت ردائي على هذا الحمام ، فخشيت أن يلطخه بسلحه ، فأطرته عنه ، فوقع على هذا الواقف الآخر ، فاتهزته حية فقتلته ، فوجدت في نفسي أنني أطرته من منزلة كان فيها آمناً إلى موقعة كان فيها حتفه • فقلت لعثمان : كيف ترى في عز ثنية عفراء تحكم بها على أمير المؤمنين ؟ قال : إني أرى ذلك ، فأمر بها عمر^(١) •

(١) فاتهزته : نهضت وبادرت إليه .

بسلحه : السلتج من الطائر كالفائط من الإنسان .

حتفه : هلاكه وموته .

عفراء : بياضها ليس بالناصع ، من العفرة وهي لون الأرض .

— وعن عطاء : أن عثمان بن عبيد الله بن حميد قتل ابن له حمامة ، فجاء ابن عباس فقال له ذلك : فقال ابن عباس : اذبح شاة فتصدق بها . قال ابن جريج : فقلت لعطاء : أمن حمام مكة ؟ قال : نعم .

قال الشافعي بعد ذكره هذه الآثار [الأم : ١٦٦/٢] : من أصاب من حمام مكة بمكة حمامة ففيها شاة ، اتباعاً لهذه الآثار التي ذكرنا عن عمر وعثمان وابن عباس وابن عمرو بن عاصم بن عمر وعطاء وابن المسيب لاقياً .

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٤٧/٣] : في الحمام شاة ، حكم به عمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ونافع بن الحارث في حمام الحرم .

٢ — قياس حمام غير مكة على حمام مكة لعدم الفرق بينها .

وجه هذا القياس : أن الصحابة رضي الله عنهم لما أوجبوا في حمام مكة شاة ، وحكموا في غير الحمام من الطير — في الحل والحرم — بالقيمة ، دل ذلك على أن الحمام له صفات تفارق غيره من الطيور حتى فارقها في الجزاء ، وهذه الصفات لا تختلف في حمام مكة وغيرها ، فوجب أن لا يختلف الحكم في جزاء حمام مكة وغيره ، فمتى كانت الشاة مثلاً للحمامة في الحرم وجب ضمانها بها في الحل . قال ابن قدامة [المغني : ٤٤٨/٣] وقياس الحمام على الحمام أولى من قياسه على غيره .

وقال الشافعي في الأم [١٦٧/٢] : ووجدت مذاهبهم (أي الصحابة) مجتمعة على الفرق بين الحكم في الدواب والطيائر ، لما وصفت من أن في الدواب مثلاً من النعم ، وفي الجرادة من الطائر قيمة ، وفيما دون الحمام . ثم وجدت مذاهبهم تفرق بين الحمام والجرادة ، لأن العلم يحيط أن ليس يسوى حمام مكة شاة . وإذا كان هذا هكذا فإنما فيه اتباعهم ، لأننا لا نتوسع في خلافهم إلا إلى مثلهم ، ولم نعلم مثلهم خالفهم . ثم قال :

والفرق بين حمام مكة وما دونه من صيد الطير يقتله المحرم : لا يجوز فيه إلا أن يقال بما تعرف العرب من أن الحمام عندهم أشرف الطائر وأغلاء ثمناً ، بأنه

الذي كانت تؤلف في منازلهم وتراه أعقل الطائر وأجمعه للهداية ، بحيث يؤلف وسرعة الألفة ، وأصواته التي لها عندهم فضل لاستحسانهم هديرها ، وأنهم كانوا يستمتعون بها لأصواتها وإلفها وهدايتها وفراخها ، وكانت مع هذا مأكولة ، ولم يكن شيء من مأكول الطائر يتنفع به عندها إلا لأن يؤكل . ثم قال : فيقال فيما وقع عليه اسم الحمام من الطائر فيه شاة لهذا الفرق ، باتباع الخبر عن سميت في حمام مكة ، ولا أحسبه يذهب فيه مذهب أشبه بالفقه من هذا المذهب . اهـ .

وقوى عندهم هذا القول : أن في الحمام صفات تشبه صفات الشاة ، ولذلك حكم الصحابة بضمائها بها : قال ابن قدامة [المغني : ٤٤٨/٣] : وإنما أوجبوا فيه شاة لشبهه بها في كرع الماء مثلها ، ولا يشرب مثل بقية الطيور .

وقال النووي في المجموع [٤٠٤/٧] : ولأن الحمام يشبه الغنم ، لأنه يعب ويهدر كالغنم .

٣ — وعمدة مالك رحمه الله تعالى بوجوب شاة في قتل حمام مكة قضاء الصحابة رضي الله عنهم ، كعمر وابن عباس وغيرهما .

وتفريقه بين حمام مكة وغيرها : لحرمتها واستثناس الحمام فيها ، فلو لم يكن على قاتله إلا عدله من طعام أو صيام لكثر قتله فيها ، وهذا المعنى غير متحقق في حمام غير مكة . [الزرقاني على الموطأ : ٢٤٤/٣]

المسألة العاشرة : شراء ما باعه بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن (مسألة العينة) :

صورة المسألة : باع سلعة بثمن إلى أجل ، ثم اشتراها نقدا بأقل من الثمن الذي باعه به ، أو بنفس الثمن إلى أقرب من الأجل ، أو بأكثر من الثمن إلى أبعد من الأجل . اختلفوا في جواز البيع الثاني وصحته :

١ — ذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن هذا البيع فاسد وغير جائز .

قال في الشرح الكبير [٧٧/٣ - ٧٨] : فمن باع مقوما أو مثليا لأجل ، ثم اشتراه من المشتري بجنس ثمنه عين وطعام وعرض ، فإذا أن يشتره نقدا ،

أو للأجل الأول ، أو لأجل أقل منه أو أكثر ، بمثل الثمن الأول ، أو أقل منه أو أكثر ، يمنع منها ثلاث ، وهي ما تعجل فيه الأقل : بأن يشتري بأقل نقداً ، أو لدون الأجل ، أو بأكثر لأبعد منه .

وقال في بداية المبتدي [٢٠٧/٥] : ومن اشترى جارية بألف درهم ، حالة أو نسيئة ، فقبضها ، ثم باعها من البائع بخسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول ، لا يجوز البيع الثاني .

وقال الخرقى [المغني : ١٣٢/٤] : ومن باع سلعة بنسيئة لم يجر أن يشتريها بأقل مما باعها به . قال ابن قدامة : وجملته ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ، ثم اشتراها بأقل منه نقداً ، لم يجر .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أن البيع جائز وصحيح ، ولا علاقة له بالبيع الأول .

قال في الأم [٦٩/٥] : فإذا اشترى الرجل من الرجل السلعة فقبضها ، وكان الثمن إلى أجل ، فلا بأس أن يبتاعها من الذي اشتراها منه ، ومن غيره ، بنقد أقل أو أكثر مما اشتراها به ، أو بدين كذلك ، أو عرض من العروض ، ساوى العرض ما شاء أن يساوي ، وليست البيعة الثانية من البيعة الأولى بسيل .

الأدلة :

١ - عمدة القائلين بفساد هذا البيع وعدم صحته قول الصحابي : وذلك ما روي عن عالية بنت أنفع ، امرأة أبي إسحق السبيعي ، عن امرأة أبي السفر (أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها : إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة درهم ، ثم اشتراها مني بستمائة ، فقالت أبلغه عني : أن الله أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب) .

وفي رواية قالت : إني بعث من زيد بن أرقم خادماً بثمانمائة درهم إلى العطاء ، فاحتاج إلى ثمنه ، فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة ، فقالت عائشة رضي الله عنها : بثما شريت واشريت ، أبلغني زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل جهاده وحجه

مع رسول الله ﷺ إن لم يتب ، فأثاها زيد معتذرا . فقلت قوله تعالى : « فمن جاءه موعظة من ربه فاتتهى فله ما سلف » / البقرة : ٢٧٥ / (١) .

وجه الاستدلال بقولها : أنه لولا أنها علمت تحريم ذلك من رسول الله ﷺ لم تستجز أن تقول مثل هذا الكلام برأيها ، وكذلك لما كان قولها مخالفا للقياس تعين سماعا من رسول الله ﷺ .

قال ابن قدامة : والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه .

وقال في كشف الأسرار [٢١٩/٣] : فتركوا القياس به ، لأن القياس لما كان مخالفا لقولها تعين جهة السماع فيه ، والدليل عليه : أنها جعلت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد ، وأجزئة الجرائم لا تعرف بالرأي ، فعلم أن ذلك كالمسموع من رسول الله ﷺ ، واعتذار زيد إليها دليل على ذلك أيضاً ، فإن بعضهم كان يخالف بعضا في المجتهدات ، وما كان يعتذر إلى صاحبه (٢) .

ومن الحجة لهؤلاء : أن في هذا البيع ذريعة إلى الربا ، وتوصلا إلى إباحة ما نهى الله عنه ، فلا يصح .

قال في بداية المجتهد [١٤١/٢] : فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنائير في أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا المنهي عنه ، فزورا لذلك هذه الصورة ليصلا بها إلى الحرام ، مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفني عشرة دنائير إلى شهر وأرد إليك عشرين دينارا ، فيقول : هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا المتاع بعشرين إلى شهر ، ثم أشتريه منك بعشرة نقداً . اهـ .

وقال في الشرح الكبير [٧٨/٣] : علة المنع : تهمة دفع قليل في كثير ، وهو سلف بمنفعة . هـ

(١) أخرجه الدار قطني : ٥٢/٣ وانظر نصب الراية : ١٥/٤ .

(٢) الهداية وشروحها ٥ : ٢٠٩ ، المفني ١٣٢/٤ . بداية المجتهد : ١٤١/٢ .

وقال ابن قدامة [المغني : ١٣٣/٤] : لأن ذلك ذريعة إلى الربا ، فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم . قال : روي عن ابن عباس في مثل هذه المسألة أنه قال : أرى مائة بخمسين ، بينهما حريرة . يعني خرقة حرير ، جعلها في بيعهما . هـ

وقال في العناية [٢٠٨/٥] : وأما الثاني (أي الدليل الثاني وهو المعقول) فهو أن الثمن لم يدخل في ضمان البائع ، لعدم القبض ، فإذا وصل إليه المبيع ، ووقعت المقاصة بين الثمنين ، بقي له فضل خمسمائة بلا عوض ، وهو ربا ، فلا يجوز . هـ

٢ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى أن القياس صحة هذا البيع ، وذلك : أن البيعة الثانية غير الأولى ، دليل ذلك : أن البيعة الأولى قد ثبت بها الثمن تاما على المشتري ، وأصبح المبيع ملكه بالقبض ، ولو انتقضت البيعة الثانية ردت السلعة وبقي الدين ثابتا كما هو .

وإذا ثبت أن البيعة الثانية غير الأولى ، وأن المبيع قد أصبح ملكه ، فلا يحرم عليه أن يبيع ملكه بنقد وإن اشتراه إلى أجل ، إلى أي كان ، سواء من اشتراه منه أم غيره ، بمثل الثمن أو أقل منه أو أكثر ، لأن الله تعالى أحل البيع وحرم الربا ، وهذا بيع وليس بربا ، ولا يتهم أحد على ماله عنده .

قال في الأم [٦٨/٣ - ٦٩] : فإن قال قائل : فمن أين القياس مع قول زيد ؟ قلت : أرايت البيعة الأولى أليس قد ثبت بها عليه الثمن تاما ؟ فإن قال : بلى ، قيل : أفرأيت البيعة الثانية أهي الأولى ؟ فإن قال : لا ، قيل : أفحرام عليه أن يبيع ماله بنقد وإن كان اشتراه إلى أجل ؟ فإن قال : لا ، إذا باعه من غيره ؟ قيل : فمن حرمه ؟

وقال : أرايت البيعة الآخرة بالنقد ، لو انتقضت ، أليس ترد السلعة ويكون الدين ثابتا كما هو ؟ فتعلم أن هذه بيعة غير تلك البيعة ؟ فإن قلت : إنما اتهمته ، قلنا : هو أقل تهمة على ماله منك ، فلا تركن عليه^(١) إن كان خطأ ، ثم تحرم عليه

(١) فلا تركن عليه : أي فلا تعتمد عليه .

ما أحل الله له ، لأن الله عز وجل أحل البيع وحرم الربا ، وهذا بيع وليس بربا . هـ
ومن الحجّة له : أن حديث عائشة رضي الله عنها لم يثبت ، وإذا ثبت ، فإن زيدا قد
خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فالمرجح ما وافقه القياس .

قال أيضا :

قد تكون عائشة - لو كان هذا ثابتا عنها - عابت عليها بيعا إلى العطاء ،
لأنه أجل غير معلوم ، وهذا مما لا نجيزه ، لا أنها عابت عليها ما اشترت منه بنقد
وقد باعته إلى أجل . ولو اختلف بعض أصحاب النبي ﷺ في شيء ، فقال بعضهم
فيه شيئا ، وقال بعضهم بخلافه ، كان أصل ما نذهب إليه : أنا نأخذ بقول الذي
معه القياس ، والذي معه القياس زيد بن أرقم .

قال : وجملّة هذا أنا لا تثبت مثله على عائشة ، مع أن زيد بن أرقم لا يبيع
إلا ما يراه حلالا ولا يبتاع مثله ، فلو أن رجلا باع شيئا أو ابتاعه ، نراه نحن
محرمًا وهو يراه حلالا ، لم نزعّم أن الله يحبط من عمله شيئا . هـ

قال هذا بعد ذكره حديث عائشة رضي الله عنها ، ثم يتابع بيان القياس الذي
أشرنا إليه سابقا ، ثم يتابع مناقشة القائلين بفساد هذا البيع .

المسألة الحادية عشرة : وجوب المهر كاملا بالخلوة وإرخاء الستور :

اتفق العلماء على أن الصداق يجب كاملا بالدخول أو الموت :

أما وجوبه بالدخول فلقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج
وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا . وكيف
تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » (١)
/النساء : ٢١ - ٢٢/ .

(١) قنطاراً : مالا كثيراً . بهتانا : ظلماً ، والبهتان في الأصل أسوء الكذب .
مبيناً : ظاهراً . أفضى : وصل بالجماع . ميثاقا غليظاً : عهداً شديداً ، وهو ما أمر
الله تعالى به من إمساكهن بمعروف أو تسريح بإحسان .

وأما وجوبه بالموت فلا نعتقاد الإجماع على ذلك . [بداية المجتهد : ٢٢/٢]
واختلفوا : هل من شرط وجوبه مع الدخول الميسر وهو الوطء ، أو ليس
ذلك بشرط ؟ أي هل يجب بالخلوة وإرخاء الستور ولو لم يحصل وطء ، أم لا بد
في ذلك من الوطء ؟ .

١ - قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى : يجب المهر كاملاً بالخلوة
وإرخاء الستور ، وإن لم يحصل الوطء .

قال في بداية المبتدي [٤٤٤/٢] : وإذا خلا الرجل بامرأته ، وليس هناك مانع
من الوطء ، ثم طلقها ، فلها كمال المهر . هـ

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٤٨/٧] : إن الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد
الصحيح استقر عليه مهرها ، ووجبت عليها العدة وإن لم يوطأ . هـ

إلا أنهما اختلفا فيما إذا كان هناك مانع حسي أو شرعي يمنع من الوطء .
هل يمنع ذلك من وجوب المهر كاملاً أم لا يمنع ؟ .

فقال أبو حنيفة : يمنع ، قال في البداية [٤٤٦/٢] : وإن كان أحدهما مريضاً
أو صائماً في رمضان ، أو محرماً بحج فرض أو نفل أو بعرة ، أو كانت حائضاً ،
فليست الخلوة صحيحة . هـ

واختلفت الرواية عن أحمد ، والظاهر أنها لا تمنع ، حيث قال الخرقي
[المغني : ٢٥٠/٧] : وسواء خلا بها ، وهما محرمان أو صائمان أو حائض ،
أو سالمان من هذه الأشياء . هـ

٢ - وذهب مالك والشافعي - في الجديد - رحمهما الله تعالى إلى أنه
لا يجب المهر كاملاً بالخلوة إلا إذا كان الميسر ، أي الوطء . قال المزني في مختصره
[٣٧/٤ - ٣٨] : فإن دخلت عليه فلم يمسها حتى طلقها فلها نصف المهر .
وقال : وسواء طال مقامه معها أو قصر ، لا يجب المهر والعدة إلا بالميسر نفسه . هـ
قال النووي في المنهاج [٢٢٤/٣] : ويستقر المهر بوطء وإن حرم كحائض ،
وبموت أحدهما ، لا بخلوة في الجديد . هـ

وذكر في الموطأ ما يشير إلى هذا حيث قال [٥٢٩/٢] : حدثني مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول : إذا دخل بالمرأة في بيتها صدق الرجل عليها ، وإذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه . قال مالك : أرى ذلك في المسيس ، إذا دخل عليها في بيتها فقالت قد مسني وقال لم أمسها صدق عليها ، فإن دخلت عليه في بيته فقال : لم أمسها ، وقالت : مسني صدقت عليه . اهـ . وهذا يدل على اشتراطه المسيس ، حيث إنه لا يثبت لها كامل المهر - ولو حصلت الخلوة والتخلة - إذا ادعت المسيس ولم تصدق . [انظر الزرقاني على الموطأ : ٩٧/٤ - ٩٨]

الأدلة :

١ - عمدة الحنفية والحنابلة في هذا عمل الصحابة .

قال ابن قدامة في المغني [٢٤٩/٧] : وروى الإمام أحمد والأئمة بإسنادهم عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة ، وروي عن عمر بن عبد الله بن ثابت رضي الله عنهما . هـ

والظاهر أن الذي روي عنهما هو ما رواه مالك في الموطأ [٥٢٨/٢] : عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق .

وكذلك ما رواه عن ابن شهاب : أن زيد بن ثابت كان يقول : إذا دخل الرجل بامرأته فأرخيت عليهما الستور فقد وجب الصداق . هـ

وقال ابن الهمام في فتح القدير [٤٤٦/٢] : حكى الطحاوي في إجماع الصحابة ، وقال ابن المنذر : هو قول عمر وعلي بن ثابت وعبد الله بن عمرو وجابر ومعاذ بن جبل ، رضي الله عنهم . هـ

قالوا : وهذه قضايا تشتهر ، ولم يخالفهم أحد في عصرهم ، فكان إجماعاً .

ومن الحجة لهم في ذلك : القياس ، حيث إنهم قاسوا النكاح على البيع والإجارة . وتقرير هذا القياس : أن الموجب للبدل في العقد هو تسليم المبدل

لا حقيقة استيفاء المنفعة ، وقد وجد هذا التسليم المستحق من جهتها برفع الموانع ، لأنه هو المقدور لها ، وأما الوطاء فليس في قدرة المرأة تسليمه ، فلا تكون مكلفة بذلك ، إذ الواجب لا يكون إلا مقدورا ، وإذا وجد منها تسليم المبدل استقر حقها في البدل ، وهو كمال المهر . وذلك كما في البيع والإجارة فإن الموجب فيهما تسليم المبدل ، وهو رفع الموانع والتخلى بينه وبين المسلم إليه ، وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلا ، فكذا في المتنازع فيه : يكون تسليم البضع بذلك أولى .

وربما دعموا رأيهم هذا بأن المس المذكور في قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » / البقرة : ٢٣٧ / محمول على الخلوة من إطلاق المسبب على السبب ، إذ المس مسبب عن الخلوة عادة . قال في الفتح : ويرجح الثاني (أي حمل المس على الخلوة) بموافقة القياس المذكور ، والحديث ، وهو قوله ﷺ : (من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل)^(١) فيكون المراد بالآية : أن الطلاق قبل الخلوة يوجب نصف الصداق .

قالوا : ويوافق هذا قوله تعالى : « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » / النساء : ٢١ / فقد أوجب سبحانه جميع المهر بالإفضاء ، وهو الخلوة ، لأنه مأخوذ من الدخول في الفضاء ، حكى عن الفراء : الإفضاء الخلوة ، دخل بها أو لم يدخل ، فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض .

وأما اختلافهم في اعتبار الخلوة صحيحة أو غير صحيحة : فلأن الحنابلة اعتبروا في ذلك عموم الإجماع . وأما الحنفية فاعتبروا هذه الأشياء موانع من استيفاء البضع وإن سلم ، وسواء كانت حسية أم شرعية فهي موانع^(٢) .

٢ - وحجة مالك والشافعي رحمهما الله تعالى العمل بظاهر القرآن ، وذلك أن الله تبارك وتعالى نص في المنكوحة المدخول بها أنه لا يجوز أن يؤخذ من صداقها

(١) أخرجه الدارقطني بلفظ (ونظر بدل أو نظر) ٢٠٧/٣ .

(٢) المفني : ٢٤٩/٧ - ٢٥٠ ، الهداية وشروحها : ٤٤٥/٢ - ٤٤٦ .

شيء إذا طلقت ، وذلك في قوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتانا وإثما مبينا • وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا » •
[انظر صدر المسألة]

ونص سبحانه وتعالى في المطلقة قبل المس أن لها نصف الصداق ، وذلك في قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » / البقرة : ٢٣٧ •

قالوا : وهذا نص في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين : أي قبل المس وبعده ، ولا وسط بينهما - والمس : الظاهر من أمره ههنا أنه الجماع - فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب كاملا إلا بالميسر ^(١) •

قال المزي رحمہ اللہ تعالیٰ فی محتضرہ : قد جاء عن ابن مسعود وابن عباس (رضي الله عنهم) معنى ما قال الشافعي ، وهو ظاهر القرآن •

وهذا حسب طريقة الشافعي : فيما إذا اختلف الصحابة ، أخذ بقول من كان قوله أقرب إلى القياس أو أشبه بظاهر القرآن •

وأجاب الشافعية عن قضاء عمر رضي الله عنه : بأن إيجاب المهر كاملا مأخوذ من قوله : ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم ، فأخبر أنه يجب إذا خلت بينه وبين نفسها ، وإن لم يعلق بابا ولم يرخ سترا ، وإنما عجز عن وطئها ^(٢) •

المسألة الثانية عشرة : حكم النكاح في العدة :

اتفق الفقهاء على أن النكاح في العدة لا يصح ، سواء كانت عدة أقراء أو عدة أشهر أو عدة حمل ، فإذا تزوج رجل بامرأة وهي في عدتها ، فرق بينهما ، واعتدت ببقية عدتها من الأول ، وكان الثاني خاطبا من الخطاب إذا لم يدخل بها •

(١) بداية المجتهد : ٢٢/٢ ، مغني المحتاج : ٢٢٥/٣ ، الام : ٢١٧/٧ •

(٢) مختصر المزي على هامش الام : ٣٧/٤ - ٣٨ •

واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها :

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يفرق بينهما ولا تحل له أبداً .

قال في الشرح الكبير [٤٨٠/٢] : ولو تزوجها الثاني في عدة من الأول فكغيره ممن تزوج في العدة ، فيفسخ نكاحه ، ويتأبد تحريمها عليه إن تلذذ فيها أو وطئ ولو بعدها . اهـ . (أي بعد انتهاء العدة) . [وانظر بداية المجتهد : ٤٦/٢]

٢ - وذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه يفرق بينهما ، فإذا انقضت عدتها من الاثنين كان خاطباً من الخطاب .

قال في الأم [٢١٥/٥] : ولو أن امرأة طلقت أو ميت عنها ، فنكحت في عدتها ، ثم علم ذلك فسخ نكاحها ، فإن كان الزوج الآخر لم يصحبها أكملت عدتها من الأول ، ولا يبطل عنها من عدتها شيء في الأيام التي عقد عليها فيها النكاح الفاسد ، . فإن كان أصابها أحصت ما مضى من عدتها قبل إصابة الزوج الآخر ، وأبطلت كل ماضى منها بعد إصابته حتى يفرق بينه وبينها ، واستأنفت البنيان على عدتها التي كانت قبل إصابته من يوم فرق بينه وبينها حتى تكمل عدتها من الأول ، ثم تستأنف عدة أخرى من الآخر ، فإذا أكملتها حلت منها ^(١) ، والآخر خاطب من الخطاب إذا مضت عدتها من الأول ، وبعد ، لاتحرم عليه .

وقال في الفتح [٤٤٤/٤] : ثلاث قضايا رجع فيها عمر إلى قول علي : امرأة المفقود ، وامرأة أبي كف ، والمرأة التي تزوجت في عدتها ، وقولنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه .

وسأيتني أن قول علي رضي الله عنه أنها لاتحرم عليه على التأييد .

٣ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : الأولى : مثل قول الشافعي وأبي حنيفة ، والثانية : مثل قول مالك ، والظاهر من كلام الخرقى أن المذهب الأول ، حيث قال [المغني : ١٢٤/٨] :

(١) في النسخة : منها ، ولعلها : منهما أي الزوج الأول والثاني .

ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها ، فرق بينهما وبنّت على ماضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني ، وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين . قال ابن قدامة : وعن أحمد رواية أخرى : أنها تحرم على الزوج الثاني على التأييد .

الأدلة :

١ - احتج مالك رحمه الله تعالى ومن وافقه بقول عمر رضي الله عنه ، وذلك ما رواه مالك في الموطأ [٥٣٦/٢] عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار : أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها رشيد الثقفي - لما تزوجها في العدة من زوج ثان - وقال : أيما امرأة نكحت في عدتها : فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبداً . اهـ .

وعضدوا قولهم هذا : بأن الزوج الثاني أدخل في النسب شبهة ، فأشبهه الملاعن ، فيفرق بينهما على التأييد .

وكذلك قالوا : إنه استعجل الحق قبل وقته ، فحرمه في وقته ، كالوارث إذا قتل مورثه . [بداية المجتهد : ٤٧/٢ ، المغني : ١٢٤/٨ - ١٢٥]

٢ - وحجة القائلين بعدم التحريم الأبدي : ما روى عن علي رضي الله عنه من مخالفته لعمر رضي الله عنه فيما ذهب إليه .

قال الشافعي في الأم [٢١٥/٥] : أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج قال : أخبرنا عطاء : أن رجلاً طلق امرأته ، فاعتدت منه ، حتى إذا بقي شيء من عدتها نكحها رجل في آخر عدتها - جهلاً بذلك - وبنى بها ، فأتى علي بن أبي طالب رضي الله عنه في ذلك ففرق بينهما ، وأمرها أن تعتد ما بقي من عدتها الأولى ، ثم تعتد من هذا عدة مستقبلة ، فإذا انقضت عدتها فهي بالخيار إن شاءت نكحت وإن شاءت فلا . اهـ .

قال الشافعي بعد ذكره هذه الرواية عن علي رضي الله عنه - وقد ذكر قبلها حديث مالك عن عمر رضي الله عنه - قال : وبقول عمر وعلي تقول في المرأة تنكح في عدتها : تأتي بعدتين معاً • وبقول علي تقول : إنه يكون خاطباً من الخطاب ولم تحرم عليه • اهـ •

والذي رجح لديهم العمل بقول علي رضي الله عنه في هذا أمور :

آ - أن الأصل عدم التحريم : دل على ذلك عموم آيات الإباحة كقوله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم » / النساء : ٢٤ / • فلا يجوز العدول عن الأصل وتخصيص هذه الآيات إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة •

ب - أنه وطء في نكاح فاسد ، والوطء بالنكاح الفاسد لا يوجب التحريم ، وكذلك لو زنى بها في العدة لا تحرم عليه ، فلا يكون وطؤها بالنكاح الفاسد أشد من زناه بها ، قال في الأم [٢١٥/٥] : لأنه إذا كان يعقد عليها النكاح الفاسد فيكون خاطباً إذا لم يدخل بها ، فلا يكون دخوله بها في النكاح الفاسد أكثر من زناه بها ، وهو لو زنى بها في العدة كان له أن ينكحها إذا انقضت العدة •

وقال في المغني : إنه لا يخلو إما : أن يكون تحريمها بالعقد ، أو بالوطء في النكاح الفاسد ، أو بهما ، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم ، بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها ، ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأييد فهذا أولى •

- ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه • فقد روى الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق : أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر في بيت المال ، فلما بلغ ذلك علياً أنكره ، فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ، ولم يقض بتحريمها عليه (١) •

ونلاحظ هنا أخذ الشافعي بقول الصحابي ، حيث كان أشبه بالقياس وظاهر القرآن ، مع مخالفة غيره له •

(١) بداية المجتهد : ٤٧/٢ ، المغني : ١٢٤/٨ - ١٢٥ ، فتح القدير : ٤٤٤/٤ •

المسألة الثالثة عشرة : خيار العيب في النكاح :

اختلف الأئمة : فيما إذا وجد أحد الزوجين عيباً في الآخر بعد عقد النكاح ولم يعلم به قبل العقد ، هل يثبت له الخيار في رد النكاح أو لا ؟ •

١ - اتفق الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي وأحمد ، رحمهم الله تعالى : على أنه يثبت له الخيار من أربعة عيوب هي : الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع من الوطء •

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٥٠/٢] : اتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء : إما قرن أو رتق في المرأة ، أو عنة في الرجل أو الخشاء •

وقال الشافعي في الأم [٧٥/٥ - ٧٦] : ولا خيار في النكاح عندنا إلا من أربع :

أن يكون خلق فرجها عظماً لا يوصل إلى جماعها بحال ، وهذا مانع للجماع الذي له عامة مانعها • فإن كانت رتقاء ، فكان يقدر على جماعها بحال فلا خيار له ، أو عالجت نفسها حتى تصير إلى أن يوصل إليها فلا خيار للزوج ، وإن لم تعالج نفسها فله الخيار إذا لم يصل إلى الجماع بحال •

قال : وكذلك لو كان بها قرن يقدر معه على الجماع لم أجعل له خياراً ، ولكن لو كان القرن مانعاً للجماع كان كالرتق •

قال : أو تكون جذماء ، أو برصاء ، أو مجنونة •

قال : فأما الغلبة على العقل بالمرض فلا خيار لها فيه ما كان مريضاً ، فإذا أفاق من المرض وثبتت الغلبة على العقل فلها الخيار •

وقال : وما جعلت له فيه الخيار إذا كان بها ، جعلت لها فيه الخيار إذا كان به ، أو حدث به ، والذي يكون به مثل الرتق أن يكون محبوباً •

وقال الخرقى [المغني : ٧/ ١٨٤] : وأي الزوجين وجد بصاحبه : جنوناً أو

جذاماً أو برصاً ، أو كانت المرأة رتقاء ، أو قرفاء ، أو عفلاء ، أو فتقاء ، أو كان الرجل مجبوباً ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح ^(١) .

٢ - وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : لا خيار إلا إذا كان الزوج مجبوباً ، أو عنيماً ، أو خصياً ، فيثبت لها الخيار ، ولا خيار لها في سائر العيوب ، وأما إذا كان العيب فيها فلا خيار له .

وخالفهما محمد رحمه الله تعالى فقال : لها الخيار - أيضاً - إذا كان فيه : جنون ، أو مرض فالج ، أو غيره ، إذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه .

قال في بداية المبتدي : وإذا كان الزوج عنيماً أجله الحاكم سنة ، فإن وصل إليها ، وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك ، وتلك الفرقة تطليقة بائنة . وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت . والخصي يؤجل كما يؤجل العنين . وقال : إذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج ، وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لها الخيار . [الهداية وشروحها : ٢٦٣/٣ - ٢٦٨ ، وانظر فتح القدير : ٣/٣٨٧]

الأدلة :

١ - عمدة القائلين بثبوت خيار الفسخ في النكاح بسبب العيب :

آ - قول الصحابي ، وهو ما رواه مالك في الموطأ [٥٢٦/٢] عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص

-
- (١) الجذم : مرض يصيب البدن ، ربما انتهى إلى تآكل الأعضاء وتساقطها .
البرص : بياض يظهر في ظاهر البدن .
قرن : عظم في فرج المرأة يمنع من الجماع .
رتق : هو انسداد فرج المرأة .
عنة : ضعف في الرجل لا يحصل معه انتشار الذكر ، ولا يقدر على الوطء .
خصاء : هو سل الخصية وإذهاب خواصها .
مجبوباً : مقطوع الذكر .
عفلاء : ضيقة الفرج .
فتقاء : منفتحة الفرج .

— وفي بعض الروايات أو قرن — فمسخها ، فلها صداقها كاملاً ، وذلك غرم لزوجها على وليها . اهـ . وهذا ظاهر في ثبوت الخيار .

وذكر ابن قدامة أن ذلك مروى أيضاً عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم .
[المغني : ١٨٤/٧ ، الأم : ٧٥/٥ ، وانظر الزرقاني : ١٣/٤]

ب — القياس :

أما المالكية والحنابلة : فإنهم شبهوا النكاح بالمبيع : فكما يثبت خيار العيب في عقد البيع يثبت في عقد النكاح ، وذلك أن المرأة أحد العوضين في النكاح ، فجاز رده بالعيب كالصداق ، أو أنها أحد الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر ، فيثبت للمرأة حق الخيار في الرجل كما يثبت للرجل في المرأة .

وقال الحنابلة أيضاً : إن المختلف فيه عيب يمنع الوطأ ، فأثبت الخيار ، كالجب والعنة اللذين لا اختلاف فيهما في ثبوت الخيار بسببهما .

وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فإنه شبه الضرر اللاحق لكل من الزوجين بسبب هذه العيوب بالضرر اللاحق في الإيلاء ، فكما يثبت للزوجة خيار الفرقة إذا لم ينقضي بعد المدة ، كذلك هنا يثبت خيار الفسخ ، لأن الضرر متشابه بل هنا أكثر .

فإنه رحمه الله تعالى قال : فإن قال قائل : فهل فيه من علة جعلت لها الخيار غير الأثر ؟ قيل : نعم . اهـ . ثم بين ضرر الجذام والبرص وأثره على النسل ، وأنه منفر لا تطيب بوجوده نفس رجل أن يجامع من هي فيه ، ولا نفس امرأة أن يجامعها من هو فيه ، وكذلك الجنون وما يلزمه من فوضى في المعاشرة ، ثم عيوب الفرج وما تنفوته من الجماع الذي له عامة النكاح ، ثم قال : فإن قال : فهل من حكم لله تعالى أو سنة لرسول الله ﷺ يقع فيه الخيار أو الفرقة بغير طلاق ولا اختلاف دينين ؟ قيل نعم . جعل الله للمولي تربص بأربعة أشهر ، أوجب عليه بمضيها أن ينفي أو يطلق ، وذلك أنه امتنع من الجماع يمين ، لو كانت على غير مأثم كانت طاعة الله أن لا يحنث ، فلما كانت على معصية أُرخص له في الحنث . وفرض الكفارة في الأيمان في غير ذكر المولي فكانت عليه الكفارة بالحنث ، فإذا لم يحنث أوجبت عليه الطلاق .

وقال : والعلم يحيط أن الضرر بمعاشرة الأجدم والأبرص والمجنون والمخبول أكثر منه بمعاشرة المولي مالم يحدث ، وإن كان يفترقان في غير هذا المعنى •

وقال : فكل موضع من النكاح لم أفسخه بحال ففقده غير محرم ، وإنما جعلنا الخيار فيه بالعلة التي فيه ، فالجماع فيه مباح ، وأي الزوجين كان له الخيار فمات أو مات الآخر قبل الخيار توارثا •

[بداية المجتهد : ٥٠/٢ ، المغني : ١٨٤/٧ ، الأم : ٧٦/٥]

٢ - وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله : فحجبتهم في عدم الفسخ مطلقاً :

ما روي عن النبي ﷺ : أنه قال للتي تزوجها ، فوجد بكشحا (١) يابضاً : (الحقي بأهلك) (٢) قالوا : وهذا من كنايات الطلاق ، بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء ، فعرف أنه لافسخ عن عيب ، وإنما هو الطلاق : فإن شاء طلق وإن شاء أمسك •

— احتجوا بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : لا ترد الحرة عن عيب •

وكذلك ما روى الدارقطني [٢٦٧/٣] عن علي رضي الله عنه قال : إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالتكاح لازم له ، إن شاء طلق وإن شاء أمسك • اهـ • وحجتهم في العين والخصي والمجبوب : قول الصحابي ، وذلك :

ما رواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال : حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن بن عمر بن الخطاب : أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها ، فأجله حولاً ، فلما انتقضى حول ولم يصل إليها خيرها ، فاختارت نفسها ، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بئنة • وروي مثل ذلك عن علي وابن مسعود والمغيرة •

(١) الكشح : ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف •

(٢) ذكره ابن حجر في بلوغ المرام عن كمب بن عجرة رضي الله عنه ، وقال : رواه الحاكم ، وفي إسناده جميل بن زيد وهو مجهول ، واختلف عنه في شيخه اختلافاً كثيراً • سبل السلام : ١٥٣/٣

وقيس الخصي على العنين ، وأما المَجُوب : فلا فائدة في التأجيل ، لأنه لتوقع الجماع ، ولا توقع لفقد الآلة •

٣ - وحجة محمد رحمه الله فيما ذهب إليه : هو أن ما ثبت من دلائل يمكن بها التخلص بالطلاق إنما تفيد في تخلص الرجل ، وأما المرأة فلا يمكنها ذلك ، ولهذا يثبت لها الخيار إذا كان المرض بحيث لا تطيق المقام معه •

قال ابن الهمام : والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فعن عمر أنه أثبت الخيار ، وحمله على خيار الطلاق بعيد ، فإن ذلك ثابت لا يحتاج إلى نقل إثبات عمر إياه •

وقول محمد أرجح فيما يظهر ، فإن ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما أفادته هذه الدلائل إنما هو في تخلص الرجل ، فأما المرأة فلا تقدر عليه ، وهي محتاجة إلى التخلص ومأمورة بالفرار ، قال عليه السلام : (فر من المجذوم فرارك من الأسد ^(١)) • [الهداية وشروحها : ٢٦٣/٣ - ٢٦٥ ، ٣٨٨/٢ - ٣٨٩]

المسألة الرابعة عشرة : الحكم بالتفريق لزوجة المفقود :

اختلفوا في التفريق بين المفقود - الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام - وبين زوجته :

١ - فذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يفرق بينهما بعد أربع سنين يضربها الحاكم ، ثم تعتد عدة وفاة ، ثم تحل •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٥٢/٢] : قال مالك : يضرب لامرأته الأجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجعل ذلك ، ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى ، اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا وحلت •

(١) أخرجه البخاري تعليقاً عن أبي هريرة رضي الله عنه : ١٦٤/٧

٢ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى : إلى مثل ما ذهب إليه مالك فيما إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك . أما إذا كانت غيبته ظاهرها السلامة فلا تفريق بينهما حتى يثبت الموت .

قال ابن قدامة في معرض تعداد أنواع الغيبة [المغني : ١٣٠/٨] :

النوع الثاني : أن يفقد الزوج وينقطع خبره ، ولا يعلم له موضع ، فهذا ينقسم قسمين :

أولاً : أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة في غير مهلكة وطلب العلم والسياحة . وهذا القسم لا تزول فيه الزوجية ما لم يثبت موته .

ثانياً : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك ، كالذي يفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ، أو يمض إلى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفين ، وأمثال ذلك . فمذهب أحمد - الظاهر عنه - أن زوجته تترى أربع سنين أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً ، ثم تحل للأزواج .

٣ - وذهب الشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه لا يفرق بين المفقود وزوجته حتى يتيقن موته ، أو يتم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد عند أبي حنيفة وأصحابه .

قال في الأم [٢٢١/٥] : فكذلك عندي امرأة الغائب ، أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف ، بأسار عدو ، أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه ، أو بهيام من ذهاب عقل ، أو خروج فلم يسمع له ذكر ، أو بمركب في بحر فلم يأت خبر ، أو جاء خبر أن غرقاً كان ، يرون أنه قد كان فيه ، ولا يستيقنون أنه فيه ، لا تعتد امرأته ولا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته ، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه .

وقال في بداية المبتدي [٤٤٠/٤ - ٤٤٢] : إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ، ولا يعلم أحى هو أم ميت ، نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه

ويستوفي حقه ، ولا يبيع مالا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها ، وينفق على زوجته وأولاده من ماله ، ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وإذا تم له مائة وعشرون من يوم ولد حكمنا بموته .

هذه آراؤهم في التفريق وعدمه .

فإذا فرق بينهما ثم جاء الزوج الغائب :

فإن أدركها قبل أن تتزوج بغيره فهي امرأته ، وهو أحق بها عند الجميع .
وإن أدركها وقد تزوجت بغيره :

فعند مالك : هي امرأة الثاني ، ولا سبيل للأول إليها مطلقاً .

قال في الموطأ [٥٧٥/٢] : وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها ، فدخل بها زوجها أو لم يدخل بها ، فلا سبيل لزوجها الأول إليها . وإن أدركها قبل أن تتزوج فهو أحق بها (١) .

وعند أحمد : إن أدركها قبل دخول الثاني فهي امرأته ، وإن أدركها بعد الدخول خير الأول بين امرأته والصدّاق .

قال ابن قدامة [المغني : ١٣٣/٨] : فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهي امرأته ، فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا :

فإن كان قبل دخول الثاني بها فهي زوجة الأول ترد إليه ، ولا شيء ، قال أحمد : أما قبل الدخول فهي امرأته ، وإنما التخيير بعد الدخول . اهـ .

وعند الشافعي وأبي حنيفة : هي امرأته مطلقاً ، والنكاح فاسد ، وترد عليه ، دخل بها الثاني أو لم يدخل .

قال الشافعي [الأم : ٢٢٢/٥] : ولو حكم لها حاكم بأن تزوج فتزوجت فسخ

(١) ذكر في الشرح الكبير : حتى لو جاء الأول قبل دخول الثاني كان أحق بها

نكاحها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ، وإن دخل بها فأصابها فلها مهر مثلها لا ما سمي لها ، وفسخ النكاح .

وقال : ولو تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً ، ثم نكحت فولدت أولاداً ، ثم جاء الأول كان الولد ولد الآخر ، لأنه فراش بالشبهة ، وردت على الزوج ، ومنع إصابتها حتى تعتد ثلاث حيض ، وإن كانت ممن لا تحيض - - لإياس من الحيض أو صغر - فثلاثة أشهر ، وإن كانت حبلية فأن تضع حملها . اهـ .

وذكر ابن الهمام في الفتح [٤٤٤/٤] : أن قولهم في ذلك قول علي رضي الله عنه ، وهو أنه قال في امرأة المفقود أنها لا تزوج ، وقال : إذا قدم وقد تزوجت امرأته ، هي امرأته إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، ولا تخير .
[انظر : الأم ٢٢٣/٥]

الأدلة :

أ - حجة مالك رحمه الله تعالى في هذا قول الصحابي وعمل أهل المدينة :
جاء في الموطأ [٥٧٥/٢] : عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو ؟ فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل . قال مالك : وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها ، فدخل بها أو لم يدخل بها ، فلا سبيل لزوجها الأول إليها .
قال مالك : وذلك الأمر عندنا ^(١) ، وإن أدركها زوجها قبل أن تزوج فهو أحق بها . اهـ .

(١) قال الزرقاني : فالعقد بمجردده يفيتها ، ثم رجع مالك عن هذا قبل موته بعام وقال : لا يفيتها على الأول إلا دخول الثاني غير عالم بحياته كذات الوليين ، وأخذ به ابن القاسم وأشهب ، قال في الكافي : وهو الأصح من طريق الأثر ، لأنها مسألة قلدنا فيها عمر ، وليست مسألة نظر . أقول : ويوافق هذا ما جاء في الشرح الكبير : حتى لو جاء الأول قبل دخول الثاني كان أحق بها . الزرقاني : ١١٤/٤ ، الشرح الكبير : ٤٨٠/٢ .

هذا ونلاحظ في هذه المسألة أن مالكا رحمه الله تعالى أخذ بقول عمر رضي الله عنه في التفريق بين المفقود وزوجته ، وخالفه فيما إذا رجع المفقود وقد تزوجت زوجته ، حيث نسب إلى عمر أنه قال : إذا جاء وقد دخل بها الثاني خير الأول بين امرأته والصدّاق ، وإن لم يدخل بها فهي امرأته ، لأن العمل في المدينة كان على خلاف قول عمر . وكان مالكا يشك في نسبة ذلك إليه حيث قال في الموطأ [٥٧٦/٢] وأدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال : يخير زوجها الأول إذا جاء في صدّاقها أو في امرأته .

ومن حجة مالك رحمه الله تعالى ما ذكره ابن رشد [بداية المجتهد : ٥٢/٢] من قياسه الغيبة على الإيلاء والعنة ، حيث شبه الضرر اللاحق لها من غيبته بالضرر اللاحق بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين .

ب - وعمدة أحمد رحمه الله تعالى :

١ - حديث عمر رضي الله عنه في المفقود ، وهو ما رواه الأثرم والجوزجاني عن عبيد بن عمير قال : فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذاكرت ذلك له ، فقال : انطلق فتربصي أربع سنين ، ففعلت ، ثم أتته فقال : انطلق فاعتي أربعة أشهر وعشراً . ففعلت ثم أتته فقال : أين ولي هذا الرجل ؟ فقال : طلقها . ففعل ، فقال لها عمر : انطلق فتزوجي من شئت . فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول . فقال عمر : أين كنت ؟ فقال : يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين ، فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت ، كنت عند قوم يستعبدونني ، حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه ، فقالوا لي : أنت رجل من الأنس ، هؤلاء من الجن ، فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري ، فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة ، هي أرضنا ، فأصبحت أظفر إلى الحرة ، فخير عمر : إن شاء امرأته وإن شاء الصدّاق ، فاختر الصدّاق وقال : قد جلت ، لا حاجة لي فيها .

قال أحمد : يروى عن عمر رضي الله عنه من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف في الصحابة له مخالف .

٢ - روى الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي رضي الله عنه في امرأة المفقود مثل قول عمر . قال : وقضى به عثمان أيضاً ، وابن الزبير في مولاة لهم .
 قال : وهذه قضايا انتشرت في الصحابة ، فلم تنكر ، فكانت إجماعاً .
 قالوا وما روي عن علي رضي الله عنه غير هذا فمحمول على ما ظاهر غيبته السلامة ، جمعاً بينه وبين ما روي .

٣ - وحجتهم فيمن ظاهر غيبته السلامة : أن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته ، كما قبل الأربع سنين أو غيرها ، ولأن هذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف ، وخبر عمر رضي الله عنه ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره . [١٣٠/٨ - ١٣٣]

ج - وأما الشافعي وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى فحجتهم في ذلك :

١ - الاستصحاب : وذلك أن عصمة النكاح قد ثبتت بينهما يقين ، واستصحاب الحال يوجب أن لا تنحل هذه العصمة حتى يدل الدليل على الموت أو الطلاق . والغيبة لا توجب الفرقة ، والموت في حيز الاحتمال ، فلا يزال النكاح بالشك .

على أن الأدلة قائمة على أنها زوجته : حيث يلحقها طلاقه وإيلاؤه وظهاره وغير ذلك من الأحكام ، التي جعلها الله بين الزوجين ، ويلزم بها هو أيضاً وهو في غيبته ، وإذا كان كذلك فلا يفرق بينهما ، ولا تعتد منه إلا يقين موته ، كما لو ظنت أنه طلقها فلا تعتد حتى يبلغها الطلاق يقين ، إذ لا عدة إلا من طلاق أو موت .

قال في الأم : قال الله تبارك وتعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم [الأحزاب : ٥٠] » .

قال : وجعل رسول الله ﷺ على الزوج نفقة امرأته ، وحكم الله عز وجل بين الزوجين أحكاماً ، منها : اللعان والظهار والإيلاء ووقوع الطلاق ، فلم يختلف المسلمون فيما علمته في أن ذلك لكل زوجة على كل زوج غائب وحاضر ، ولم يختلفوا في أن لا عدة على زوجة إلا من وفاة أو طلاق .

وقال : ولا تعتد امرأة من وفاة - ومثلها يرث - إلا ورثت زوجها الذي اعتدت من وفاته .

وقال : ولو طلقها - وهو خفي الغيبة بعد أي هذه الأحوال كانت - (أي أحوال الغيبة) أو آلى منها ، أو تظاهر ، أو قذفها ، لزمه ما يلزم الزوج الحاضر في ذلك كله ، وإذا كان هذا هكذا : لم يجز أن تكون امرأة رجل ، يقع عليها ما يقع على الزوجة ، تعتد لا من طلاق ولا وفاة ، كما لو ظنت أنه طلقها أو مات عنها ، لم تعتد من طلاق إلا بيقين .

٢ - ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود : هي امرأة ابتليت ، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق .

قال الشافعي : فإن قال قائل : فهل تحفظ عن مضي مثل قولك في أن لا تنكح امرأة المفقود حتى تستيقن موته ؟ قلنا : نعم . . . عن علي رضي الله عنه : أنه قال في امرأة المفقود : إذا قدم وقد تزوجت امرأته هي امرأته ، إن شاء طلق وإن شاء أمسك ، ولا تخير .

قال ابن الهمام : الحاصل أن المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فذهب عمر إلى ما تقدم (التفريق بعد مضي أربع سنين والعدة) وذهب علي : إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان ، والشأن في الترجيح ، والحديث الضعيف يصلح مرجحاً مثبتاً بالأصالة . هـ

والحديث الضعيف المرجح في هذا الباب ما أخرجه الدارقطني في سننه [٣١٢/٣] عن سوار بن مصعب : حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ : (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان) وفي بعض نسخه : (حتى يأتيها الخبر) .

قال في شرح العناية : إن (البيان) في الحديث المرفوع إلى النبي ﷺ مجمل ، وقول علي رضي الله عنه خرج بياناً لذلك المبهم .

قالوا : وقد ذكر أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه في ذلك .

قال في الفتح : ذكر ابن أبي ليلى قال : ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علي ... وذكر امرأة المفقود .

وقال الشافعي في الأم : فإن قال قائل : فهل قال غيرك هذا ؟ قيل : نعم .
وروي فيه شيء عن بعض السلف ، وقد روي عن الذي روي عنه هذا أنه رجع عنه .

[الأم : ٢٢١/٥ - ٢٢٣ . الهداية وشروحها : ٤/٤٤٣ . بداية المجتهد : ٥٢/٣]

المسألة الخامسة عشر : إرث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت :

اتفق الأئمة على : أن التوارث بين الزوجين قائم ، إذا كان الطلاق رجعياً وكان الموت في العدة .

واتفقوا أيضاً على : أنه لا توارث ، إذا كان الطلاق في الصحة وبانت قبل الموت .

واختلفوا : فيما إذا طلق المريض زوجه طلاقاً بائناً ، ومات من مرضه ، هل ترثه أو لا ؟ مع اتفاقهم على أنه لا يرثها إذا مات قبله .

١ - ذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى أنها ترثه . ولكنهم اختلفوا فيما بينهم متى - إذا مات - ترثه .

فقال أبو حنيفة وأصحابه : ترثه ما دامت في العدة ، فإذا مات بعد انقضاءها فلا ميراث لها .

قال في بداية المبتدي [١٥٠/٣] : وإذا طلق الرجل امرأة في موته طلاقاً بائناً ، فمات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها .

وقال أحمد في المشهور عنه : إنها ترثه ولو مات بعد انقضاء العدة ما لم تزوج .

قال ابن قدامة [المغني : ٣٩٤/٦] : فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تزوج ، قال أبو بكر : لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها

إذا طلقها المريض : إنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج . وروى عنه ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة . هـ

وقال مالك : ترثه مطلقاً ولو تزوجت ومات بعد زواجها .

جاء في الموطأ [٥٧٢/٢] : قال مالك : وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق ولها الميراث ولا عدة عليها ، وإن دخل بها ثم طلقها فلها المهر كله والميراث ، البكر والشيب في هذا عندنا سواء .

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٨٢/٢] : وقال قوم بل ترث ، كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أو لم تتزوج ، وهو مذهب مالك والليث . هـ
٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أنه لا توارث بينهما مطلقاً .

قال في الأم [٢٣٥/٥ - ٢٣٦] : فإن لم يصح الزوج حتى مات فقد اختلف في ذلك أصحابنا : فمنهم من قال : لا ترثه . . . قال : ومن قال هذا فليست عليه مسألة ، صح الزوج بعد الطلاق أو لم يصح ، أو فكحت الزوجة أو لم تنكح . ولم يورثها منه إذا لم يكن له عليها رجعة ولا هو منها ، ولو طلقها ساعة يموت ، أو قال : أنت طالق قبل موتي بطرفة عين أو بيوم ، ثلاثاً ، لم ترث في هذا القول بحال . وقال : فذهب بعض أصحابنا إلى أن يورث المرأة وإن لم يكن للزوج عليها رجعة ، إذا طلقها الزوج وهو مريض . اهـ . وذكر أقوالهم في ذلك - وهي ثلاثة كما سبق عن الأئمة - وقال : وهذا مما أستخير الله عز وجل فيه .

قال الربيع : وقد استخار الله تعالى فيه فقال : لا ترث المستوتة .

الأدلة :

١ - عمدة الحنفية في هذا الباب الاستحسان . قال في الهداية [١٥٥/٣] :
إن امرأة الفارّ ترث استحساناً . هـ

ولعل هذا النوع من الاستحسان هو ما يسمونه (استحسان الإجماع) يدل عليه ما قاله في تحفة الفقهاء [٢٧٨ / ٢] : فأما المريض إذا طلق ، وهو صاحب

الفراش ، طلاقاً رجعيّاً أو بائناً أو ثلاثاً ، ثم مات من ذلك المرض ، وهي في العدة ، فإنها ترثه عندنا خلافاً للشافعي والقياس معه ، لكننا استحسنا بإجماع الصحابة . هـ

وهذا الإجماع عندهم هو أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصمغ ابن زياد الكلبيّة من عبد الرحمن بن عوف ، لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة ، وكان هذا بمحضر من الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعاً .

قال ابن الهمام : وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة . ونقله أبو بكر الرازي عن علي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ولم يعلم عن صحابي خلافة . قال : وقول ابن الزبير في خلافته : لو كنت أنا لم أورثها ، أراد به : لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك . قال : وهو بعد انعقاد الإجماع ، فلا يقدر فيه .

وكذلك من الحجة لهم في هذا الاستحسان : أنهم قاسوا توريث البائن في العدة على ما لو وهب المريض كل ماله ، أو تبرع بشيء منه لبعض الورثة في مرض موته ، بجامع أن في كل إبطال حق بعد تعلقه بماله . وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت ، ولذا حُجِر عن التبرعات بما زاد على الثلث ، والزوجة من الورثة ، وقد تعلق حقها بماله بمرضه ، وفي إباتها في المرض إبطال لهذا الحق ، فلا ينفذ حكمه .

وقال ابن الهمام : وكان مقتضى القياس أن ترث ولو مات بعد تزوجها - كقول مالك - إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الإمكان ، وهو بقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون بنسب أو سبب ، وهو الزوجية والعتق ، فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ، ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك ، وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة ، فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها . هـ

هذا ويمكننا أن نعتبر أن من حجة الحنفية في هذه المسألة العمل بقول الصحابي ، إن لم تقل هو الحجة . [الهداية وشروحها : ١٥٠/٣] .

٢ - وحجة الحنابلة للرواية المشهورة عن أحمد العمل بقول الصحابي ،
وذلك ما ثبت عن عثمان رضي الله عنه أنه ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبيّة من عبد
الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها • وما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن
أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات ، فورثته بعد انقضاء العدة •
[انظر الموطأ : ٥٧١/٢ - ٥٧٢]

قالوا : واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر ، فكان إجماعاً •
ولعل المرجح عندهم لرواية توريثها بعد انقضاء العدة : المعنى الذي ذكره
من أن سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة •
وحجتهم في عدم توريثها إذا تزوجت :

١ - إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث من زوجين ، وهذه
وارثته من زوج ، فلا ترث زوجاً سواه كسائر الزوجات •
٢ - لأن التوارث من حكم النكاح ، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر ،
كالعدة •

٣ - العلة التي أوجبت الميراث هي التهمة ، وبزواجها ترتفع التهمة ، لأنها
فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها ، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها •
[المعنى : ٣٩٥/٥ - ٣٩٦ وانظر بداية المجتهد : ٨٣/٢] •

٤ - وحجة مالك رحمه الله تعالى العمل بقول الصحابي وسد الذرائع :
أما الأول فما رواه مالك في موطئه [٥٧١/٢ - ٥٧٢] أن عبد الرحمن بن عوف
طلق امرأته ألبنة وهو مريض ، فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها • وروى
أيضاً أن عثمان ورث نساء ابن مكل منهن ، وكان طلقهن وهو مريض •
وأما الثاني : أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق زوجته في مرضه
ليمنعها حظها من الميراث ، وجب توريثها سداً للذريعة •

وهذا المعنى قائم ، سواء مات في العدة أم بعدها ، تزوجت أم لم تتزوج ،
فلا يمنع انقضاء العدة وتزوجها حقها في الميراث .
[انظر بداية المجتهد : ٨٢/٢] .

٥ - وحجة القائلين بعدم توريثها مطلقاً : أن الطلاق البائن إذا وقع لم تنق
المطلقة زوجة ولا في معنى الزوجة - وطلاق المريض واقع باتفاقهم - وإذا كانت
ليست بزوجة ولا في معناها ، فلا ميراث لها ، لأن الله تعالى جعل التوارث بين
الزوجين وهذان ليسا بزوجين ، فكما أنه لا يرثها إذا ماتت فكذلك هي
لا ترثه إذا ماتت .

والدليل على أنها ليست بزوجة ولا في معناها أنه لا رجعة لها ، ولا تعتد من
وفاته ، ويتزوج أختها ، أو أربعاً سواها ، إلى غير ذلك من الأمور التي تقارن
فيها الزوجة .

قال في الأم [٢٣٥/٥] : فإن لم يصح الزوج حتى مات فقد اختلف في ذلك
أصحابنا :

فمنهم من قال : لا ترثه . وذهب إلى أن حكم الطلاق يقع على الزوجة ، وأن
الزوج لا يرث المرأة لو ماتت فكذلك لا ترثه ، لأن الله تعالى ذكره إنما ورث الزوجة
من الزوج والزوج من الزوجة ما كانا زوجين ، وهذان ليسا بزوجين . ولا يملك
رجعتها فتكون في معاني الأرواح فترث وتورث ...

وذهب إلى أن على الزوجة أن تعتد من الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وهذه
لا تعتد من الوفاة . وأن الزوجة إذا كانت وارثة إن مات زوجها كانت مورثة إن
ماتت قبله ، وهذه لا يرثها الزوج ، وأن الزوجة تغسل الزوج ويفسلها وهذه
لا تغسله ولا يفسلها ، وأنه ينكح أختها أو أربعاً سواها . قال : وكل هذا يبين أن
ليست زوجة ، وإذا لم تكن زوجة فلا ميراث لها بحال . هـ

المسألة السادسة عشرة : الضمان في الجناية على الحيوان :

اختلفوا فيما يجب في الجناية على الحيوان :

١ - ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنه يجب في العين

الواحدة - من البهيمة التي لا يؤكل لحمها وما شابهها من مأكول اللحم كالبقرة
والجوزور - ربع قيمتها ، وما عدا ذلك فيجب فيه ما نقص من القيمة .

قال في بداية المبتدي [٣٥١/٨] : شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها .
وفي عين بقرة الجزار وجوزره ربع القيمة ، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس .
٢ - وذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى إلى أنه يجب ما نقص من
القيمة مطلقاً .

قال في بداية المجتهد [٣١٨/٢] : وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب
من البهيمة ما نقص في ثمنها . هـ

قال الشافعي في الأم [٢١٨/٣] : ويقوم المتاع كله ، والحيوان كله غير الرقيق ،
صحيحاً ومكسوراً ومجروحاً قد برأ من جرحه ، ثم يعطي مالك المتاع والحيوان فضل
ما بين قيمته صحيحاً ومكسوراً ومجروحاً .

٣ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى في إحدى الروايتين عنه إلى أنه يلزم
ما نقص من القيمة . وعنه رواية أخرى أنه يلزم في العين الواحدة من الدابة فقط
ربع القيمة ، وما عدا ذلك فالأرث .

قال ابن قدامة [المغني : ١٨٤/٥] : وقدر الأرث قدر نقص القيمة في جميع
الأعيان . وعن أحمد رواية أخرى : أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها .

الأدلة :

١ - عمدة الحنفية - والرواية الثانية عن أحمد - في وجوب ربع القيمة
في العين الواحدة من البهيمة : هو قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك ، فقد
روي عنه أنه كتب إلى شريح - لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة - إنا كنا ننزلها
منزلة الآدمي ، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن .

وهذا القول منه رضي الله عنه مخالف للقياس ، وإذا كان قول الصحابي
مخالفًا للقياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه صار إلى القول به من جهة التوقيف ،

ولا سيما أنه لم يعلم له مخالف فيه ، بل فيه قوله أجمع رأينا ، فصار إجماعاً يقدم على القياس . ودعموا قولهم هذا بما رواه خارجة بن زيد بن ثابت رضي الله عنهما عن أبيه : أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها (١) .

وإنما اوجبوا ربع القيمة في العين الواحدة من الدابة ، وقدر النقص فيما زاد على العين الواحدة أو غيرها من الأعضاء ، لأن النص ورد في ذلك ، وهو مخالف للقياس ، فيقتصر عليه ، ويعمل القياس فيما سوى العين الواحدة .

قال في شرح العناية : ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة ؟ كذا قال فخر الإسلام رحمه الله ، وإنما قال ذلك لأن الممول به في هذا الباب النص ، وهو ورد في عين واحدة ، فيقتصر عليه . هـ

وفي رواية أبي الحارث عن أحمد قال : في رجل فقاً عين دابة لرجل : عليه ربع قيمتها . قيل له : فقاً العينين ؟ فقال : إذا كانت واحدة ، فقال عمر : ربع القيمة ، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئاً .

والحنفية ألحقوا بالدابة كل حيوان ينتفع به بالحمل والركوب والعمل وإن كان مأكول اللحم ، لما بينهما من تشابه ، ولما فيه من مقاصد سوى اللحم .

قال في شرح العناية : فإن قيل : يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه ؟ فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول - وهو الحمل فالركوب والزينة والجمال والعمل - موجود في مأكول اللحم ، فيلحق به .

وأما أحمد رحمه الله تعالى : فاقصر على ما ورد في النص ، وأعمل القياس فيما سواه ، وقال بوجوب ما نقص من القيمة في كل ما يصاب من مأكول اللحم .

جاء في رواية أبي الحارث عنه : قيل له : فإن كان بعيراً أو بقرة أو شاة ؟ فقال : هذا غير الدابة ، هذا ينتفع بلحمه ، ينظر ما نقصها . قال ابن قدامة : وهذا

(١) قال في نصب الراية : رواه الطبراني في معجمه ، ورواه العقيلي في ضعفائه ، واعله بإسماعيل بن أمية ، وضعفه عن جماعة من غير توثيق . (٣٨٨/٤) .

يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة — وهي الفرس والبغل والحصار خاصة — للأثر الوارد فيه ، وما عدا هذا يرجع إلى القياس .
[المغني : ١٨٤/٥ ، الهداية وشروحها : ٣٥٢/٨] .

٢ — وعمدة مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ، والرواية الأولى عن أحمد رحمه الله تعالى : القياس على سائر المتلفات من الأموال ، لأنها مال . وكذلك قياساً على وجوب قيمتها فيما لو أتلقت جميعها ، فكذلك يجب قيمة ما نقص عند إتلاف الجزء منها ، وذلك : لأن القصد بالضمان جبر حق المالك ، والتعويض عليه بإيجاب قدر المفقوت عليه ، وعند إتلاف الجزء يكون المفقوت عليه قدر ما نقص من ثمن الكل ، فيكون هو الجابر .

قال في الأم [٢٥٠/٣] : وأخذ قيمة ما نقصها كما يأخذ قيمتها لو هلكت .
وقال في بداية المجتهد [٣١٨/٢] : وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها ، قياساً على التعدي في الأموال .

وقال في المغني [١٨٥/٥] : لنا أنه ضمان مال من غير جناية ، فكان الواجب ما نقص كالثوب . ولأنه لو فات الجميع لوجب قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان (١) .

هذا ونستطيع أن نقول : إن عمدة مالك رحمه الله في هذا — بالإضافة إلى القياس — عمل أهل المدينة ، حيث جاء في الموطأ [٧٤٨/٢ ، ٨٧٠] .

قال يحيى : سمعت مالكا يقول : الأمر عندنا فيمن أصاب شيئاً من البهائم : إن على الذي أصابها قدر ما نقص من ثمنها .

ولا مانع من تعدد الأدلة في المسألة الواحدة .

(١) يناقش في المغني [١٨٥/٥] حديث خارجة مبيناً عدم صحته ، وكذلك يؤول قضاء عمر بأنه كان قدر نقصها .

المسألة السابعة عشرة : القطع على الخادم :

اختلفوا في الخادم أو العبد يسرق من مال سيده هل يقطع :

١ - ذهب جمهور العلماء إلى أنه لا قطع على العبد والخادم ، إلا أن مالكا اشترط أن يكون كل منهما يلي الخدمة لسيده بنفسه •

قال في الموطأ [٨٤١/٢] : ليس على الأجير ولا على الرجل يكونان مع القوم يخدمانهم إن سرقاهم قطع ، لأن حالهما ليست بحال السارق ، وإنما حالهما حال الخائن ، وليس على الخائن قطع •

وقال في الأم [١٣٨/٦] : والعبد إذا سرق من متاع سيده ، مما أوّتمن عليه أو لم يؤتمن ، أحق أن لا يقطع ، من قبل أن ماله أخذ بعضه بعضاً •

وقال في المغني [١٣٩/٩] : وأما العبد إذا سرق من مال سيده فلا قطع عليه •

وقال في بداية المبتدي [٢٣٩/٤] : وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيده لم يقطع •

٢ - وقال أبو ثور : يقطع مطلقاً • وحكي عن داود : إلا أن يأتّمه سيده •
[بداية المجتهد : ٤٤١/٢ والمغني : ١٣٤/٩] •

الأدلة :

١ - عمدة الجمهور :

ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد : أن عبد الله بن عمرو بن الحضرمي جاء بعلام له إلى عمر بن الخطاب فقال له : اقطع يد غلامي هذا ، فإنه سرق • فقال له عمر : ماذا سرق ؟ فقال : سرق امرأة لامرأتي ثمنها ستون درهماً • فقال عمر : أرسله فليس عليه قطع ، خادمكم سرق متاعكم •

قال الشافعي بعد ذكره الحديث في الأم : فهذا كله نقول • وقال : قول عمر : خادمكم يحتمل عبدكم ، فأرى - والله أعلم - على الاحتياط أن لا يقطع

الرجل لامرأته ولا المرأة لزوجها ، ولا عبد واحد منهما سرق من متاع الآخر شيئاً ،
للأثر والتشبهه فيه . هـ

والشبهة هنا اختلال الحرز .

والظاهر — والله أعلم — أن مالكا فهم من قول عمر رضي الله عنه : خادمتكم
ومتاعكم أن المراد : الذي يلي خدمتكم — ذكر ذلك الشافعي في الأم — فاشتراط أن
يلبي الخدمة بنفسه حتى يدرأ عنه الحد ، فلو سرق متاع أحدهما وهو لا يلي خدمته
قطع عنده .

ومن الحجة للجمهور أيضاً ما روي عن ابن مسعود أن رجلاً جاءه فقال : عبد
لي سرق قباءاً لعبد لي آخر ، فقال : لا قطع مالك سرق مالك . [القباء : ثوب
يلبس فوق الثياب] .

قال ابن قدامة بعد ذكره حديث ابن الحضرمي وحديث ابن مسعود رضي الله
عنهما : وهذه قضايا تشتهر ، ولم يخالفها أحد ، فتكون إجماعاً يخص عموم الآية .
ومما احتج به الحنفية أيضاً : أن الإذن بالدخول لمثل هؤلاء موجود عادة ،
فاختل الحرز ، وإذا اختل الحرز فلا قطع .

٢ — وأما الذين قالوا بوجوب القطع عليه فحجتهم في ذلك عموم قوله
تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله
عزیز حكيم » . / المائدة : ٣٨ / . [انظر في الأدلة نفس المراجع السابقة] .

المسألة الثامنة عشرة : نكايه العدو في ماله :

اتفقوا على أنه لا يجوز قتل الحيوان إلا إذا كان يستعمل للقتال عليه ، أو
كان مأكولاً فيذبح للأكل .

واختلفوا في : جواز قطع الشجر وتحريقه ، وإفساد الزرع ، وتخریب العامر ،
مما لا تقع للمسلمين في إتلافه ، ولا ضرر عليهم ، إلا نكايه العدو وغيظهم ، وإنزال
الضرر بهم :

١ - ذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى : أن ذلك لا يجوز لنا إلا إذا كانوا يفعلونه بنا .

قال الخرقى [المغنى : ٢٩١/٩] : ولا يقطع شجرهم ، ولا يحرق زرعهم ، إلا أن يكونوا يفعلون ذلك في بلادنا فيفعل ذلك بهم لينتهوا .

٢ - وذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى : إلى أن ذلك جائز إلا إذا بدا لنا أننا ظاهرون عليهم بغير ذلك ، وأن هذه الأموال ستعود إلينا ، فيكره إتلافها ويندب تركها .

قال في الشرح الكبير [١٨٠/٢] : وجاز تخريب لديارهم ، وقطع نخل وحرق لزروعهم وأشجارهم إن أئكى ورجيت للمسلمين ، أو لم ينك ولم ترج .
وقال في الأم [٣٣٣/٧] : أما كل مالا روح فيه للعدو : فلا بأس أن يحرقه المسلمون ويخربوه بكل وجه .

وقال [١٧٣/٤] : كل ما كان مما يملكون لا روح له فإتلافه مباح بكل وجه ، وكل ما زعمت أنه مباح فحلال للمسلمين فعله وغير محرم عليهم تركه .

وقال : وإذا كان الأغلب عليهم أنها ستصير دار الإسلام ، أو دار عهد يجري عليهم الحكم ، اخترت لهم الكف عن أموالهم ، ليفتحوها إن شاء الله تعالى ، ولا يحرم عليهم تحريقها ولا تخريبها .

وقال في بداية المبتي [٢٨٦/٤] : فان أبوا ذلك^(١) استعانوا بالله عليهم وحاربوهم ، ونصبوا عليهم المجانيق وحرقوهم ، وأرسلوا عليهم الماء ، وقطفوا أشجارهم وأفسدوا زرعهم . قال ابن الهمام : هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك ، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون ، وأن الفتح باد ، كره ذلك ، لأنه إفساد في غير محل الحاجة ، وما أبيع إلا لها .

(١) أي الإسلام أو الجزية .

الأدلة :

١ - عمدة الإمام أحمد رحمه الله تعالى حديث أبي بكر رضي الله عنه ووصيته ليزيد بن أبي سفيان رضي الله عنه ، حين بعثه إلى بلاد الشام على رأس أحد الجيوش .

وجاء في هذه الوصية : وإني موصيك بعشر : لا تقتلن امرأة ولا صيياً ولا كبيراً هرمأ ، ولا تقطعن شجراً مشراً ، ولا تخربن عامراً ، ولا تعقرن شاة ولا بعيراً إلا لماكلة ، ولا تحرقن نحلاً ولا تفرقنه ، ولا تغلل ولا تجبن^(١) . [الموطأ : ٤٤٧/٢]

وجه الاستدلال بهذه الوصية ، مع ثبوت تحريقه ﷺ نخل بني النضير : أن أبا بكر رضي الله عنه : إنما قال ذلك لعلمه بنسخ ذلك الفعل منه ﷺ ، أو لأنه رأى أن ذلك كان خاصاً ببني النضير ، إذ لا يجوز على أبي بكر رضي الله عنه أن يخالف النبي ﷺ مع علمه بفعله .

قال في المغني : وقد روي نحو ذلك مرفوعاً إلى النبي ﷺ .
قالوا : ولأن فيه إتلافاً محضاً دون جلب نفع أو دفع ضرر ، فلا يجوز ، كعقر الحيوان . [المغني : ٢٩١/٩ - ٢٩٢ ، وانظر بداية المجتهد : ٣٧٣/١]

٢ - وحجة الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى : ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنه قال : حرق رسول الله ﷺ نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة ، وفيها يقول حسان بن ثابت رضي الله عنه : وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير^(٢) . [البخاري : ١١٣/٥ ، مسلم : ١٣٦٥/٣]

واحتج الشافعي رحمه الله تعالى بالإضافة إلى الحديث السابق بأن ذلك موجود في كتاب الله تعالى . قال في الأم [١٧٤/٤] في معرض الاستدلال على ما ذهب إليه :

(١) تعقرن : تذبحن . لماكلة : أي لاجل أن تؤكل . تغلل : من الفلول وهو الأخذ من الفنيمة قبل قسمتها ودون إذن الإمام .

(٢) البويرة : موضع نخل بني النضير . هان : جاء هيناً لا يبالي به . سراة بني لؤي : سادات القوم ورؤساؤهم . مستطير : منتشر في كل ناحية .

فقلت : كتاب الله عز وجل ثم سنة نبيه ﷺ : قال الله تبارك وتعالى في بني النضير حين حاربهم رسول الله ﷺ : « هو الذي أخرج الذين كفروا من أهل الكتاب • قرأ إلى : يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين » /الحشر : ٢/ • فوصف إخراجهم منازلهم بأيديهم وإخراج المؤمنين بيوتهم ، ووصفه إياه جل ثناؤه كالرضا به •

وأمر رسول الله ﷺ بقطع نخل من ألوان نخلهم ، فأنزل الله تبارك وتعالى رضا بما صنعوا من قطع نخيلهم : « ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزي الفاسقين » /الحشر : ٥/ • فرضي القطع وأباح الترك ، فالقطع والترك موجودان في الكتاب والسنة • وذلك أن رسول الله ﷺ قطع نخل بني النضير وترك ، وقطع نخل غيرهم وترك ، وممن غزا من لم يقطع نخله •

وقال في بيان أن ذلك لم ينسخ : فإن قال قائل : ولعل النبي ﷺ حرق مال بني النضير ثم ترك ؟ قيل : على معنى ما أنزل الله عز وجل ، وقد قطع وحرق بخير وهي بعد النضير ، وحرق بالطائف وهي آخر غزاة قاتل بها ، وأمر أسامة بن زيد أن يحرق على أهل أبي • (١)

وقال في توجيه أمر أبي بكر رضي الله عنه أن لا يقطع شجر ولا يخرب عامر : فقلت : علام تعد نهى أبي بكر عن ذلك ؟ •

فقال : الله تعالى أعلم ، أما الظن : فإنه سمع النبي ﷺ يذكر فتح الشام فكان على يقين منه ، فأمر بترك تخريب العامر وقطع الثمر ليكون للمسلمين لا لأنه رآه محرماً ، لأنه قد حضر مع النبي ﷺ تحريقه بالنضير وخير والطائف • فلعلمهم (٢) أنزلوه على غير ما أنزله عليه ، والحجة فيما أنزل الله عز وجل في صنيع رسول الله ﷺ • قال : وكل شيء في وصية أبي بكر سوى هذا فبه تأخذ •

[الهداية وشروحها : ٢٨٦/٤ ، الأم : ١٧٤/٤ ، مغني المحتاج : ١٦٦/٤ ، بداية المجتهد : ٣٧٣/١]

(١) اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة .

(٢) أي الذين قالوا بعدم الجواز •

المسألة التاسعة عشرة : القدر الواجب في الجزية :

اختلف الفقهاء في القدر الواجب جزية على أهل الذمة :

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أن القدر الواجب أربعة دنانير على أهل الذهب ، وأربعون درهما على أهل الورق ، ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام .

قال في بداية المجتهد [٣٩١/١] : فرأى مالك أن القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه ، وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعون درهما ومع ذلك أرزاق المسلمين ، وضيافة ثلاثة أيام ، لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه .

٢ - وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أن الواجب اثنا عشر درهما على الفقير ، وأربعة وعشرون على الوسط ، وثمانية وأربعون على الغني ، لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه .

قال في الهداية [٣٦٨/٤] : وجزية يتبدى الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم ، فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما ، يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما ، في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما ، في كل شهر درهما .

وقال الخرقى [المغني : ٣٣٤/٩] : والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات : فيؤخذ من دونهم اثنا عشر درهما ، ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهما ، ومن أيسرهم ثمانية وأربعون درهما .

٣ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى : أقل الواجب محدود وهو دينار ، وأكثره غير محدود وإنما ذلك بحسب ما يصلحون عليه . فإذا لم يبدلوا أكثر من دينار وجب أخذه ، وإن زادوا جاز أخذه .

قال في الأم [١٠١/٤ ، ١٠٢] : فالدينار أقل ما يقبل من أهل الذمة ، وعليه

— إن بذلوه — قبوله منه عن كل واحد منهم ، وإن لم يزد ضيافة ولا شيئا يعطيه من ماله •

وقال : فإن بذل أهل الذمة أكثر من دينار بالغاما بلغ ، كان الازدياد أحب إلي ، ولم يحرم على الإمام مما زادوه شيء •

٤ — وقال الثوري وأبو عبيد : ليس في ذلك قدر محدد ، وإنما ذلك مصروف إلى رأي الإمام واجتهاده • [بداية المجتهد : ٣٩١/١ ، المغني : ٣٣٤/٩]

الأدلة :

١ — عمدة الأئمة الثلاثة مالك وأحمد وأبي حنيفة رحمهم الله تعالى : مذهب الصحابي ، وذلك أن ما قالوا به مروي عن عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه ، وإنما اختلفوا في ذلك بسبب اختلاف الرواية عنه ، رضي الله عنه ، فأخذ كل منهم بما ثبت عنده أو رجع لديه •

فمالك رحمه الله تعالى أخذ بما رواه في الموطأ [٢٧٩/١] عن نافع عن أسلم مولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن عمر بن الخطاب ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير ، وعلى أهل الورق أربعين درهما ، مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام • هـ

وأبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى أخذوا بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على رؤوس الرجال : على الغني ثمانية وأربعين درهما ، وعلى الوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر • (رواه ابن أبي شيبة ، وروى مثله ابن زنجويه في كتاب الأموال وابن سعد في الطبقات) •

قالوا : وهو حديث لا شك في صحته وشهرته بين الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكره منكر ، وعمل به الخلفاء من بعد عمر ، فقد روي أن عثمان وعلياً رضي الله عنهم عملوا بذلك ، فصار إجماعاً لا يجوز الخطأ عليه •

ولعل هذا هو المرجح له عندهم ، وخاصة عند الحنفية الذين يشترطون الاشتهار في قول الصحابي الذي يكون مما يدرك بالرأي ، حتى يكون حجة ، مع ما ذكره من المعنى الذي يقتضي التفاوت في الجزية • فلقد ذكر ابن الهمام في

الفتح : أن الجزية وجبت خلفا عن نصره مقاتلة أهل الدار لو كانوا مسلمين ،
والنصرة تكون بالنفس والمال ، وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقتله ، وإذا كان
الأصل يتفاوت وجب أن يتفاوت ما كان خلفا عنه .

وذكر ابن قدامة في المغني : أن الجزية وجبت صغارا أو عقوبة ، فتختلف
باختلاف أحوالهم ، كالعقوبة في البدن ، منهم من يقتل ومنهم من يسترق .
[الهداية وشروحها : ٤ / ٣٦٨ - ٣٦٩ ، المغني : ٩ / ٣٣٤ - ٣٣٥]

٢ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى الكتاب والسنة وعمل الصحابي ، وذلك
أن الجزية جاءت في القرآن مجملة تحتمل القليل والكثير ، ثم جاءت السنة مبينة
لهذا الإجمال ، ودل هذا البيان على أن أقل ما يؤخذ دينار حيث إنه لم يرد أنه أخذ
أقل من ذلك ، بينما لم يرد شيء محدد في غاية ما يؤخذ منهم ، وإنما ثبت أنه وضع
عليهم ضيافة وهي زيادة ، وجاء عمل الصحابة رضي الله عنهم يوضح هذا ، حيث :
وضع عمر رضي الله عنه على قوم ضيافة ثلاثة أيام ، وعلى قوم ضيافة يوم وليلة ،
ولم يجعل على آخرين ضيافة .

جاء في الأم [١٠١ / ٤ - ١٠٣] : قال الله تبارك وتعالى : « حتى يعطوا الجزية
عن يد » / التوبة : ٢٩ . وكان معقولا أن الجزية شيء يؤخذ في أوقات ، وكانت
الجزية محتملة للقليل والكثير ، وكان رسول الله ﷺ المبين عن الله عز وجل معنى
ما أراد ، فأخذ رسول الله ﷺ جزية أهل اليمن دينارا في كل سنة أو قيمته من
المعافري^(١) ، وكذلك روي أنه أخذ من أهل أيلة^(٢) ومن نصارى مكة دينارا عن
كل إنسان . وأخذ الجزية من أهل نجران فيها كسوة ، ولا أدري ما غاية ما أخذ
منهم . وقد سمعت بعض أهل العلم من المسلمين ومن أهل الذمة من أهل نجران
يذكر : أن قيمة ما أخذ من كل واحد أكثر من دينار . وأخذ من أكيدر ومن مجوس
البحرين : لا أدري كم غاية ما أخذ منهم . ولم أعلم أحدا قط حكى عنه أنه أخذ
من أحد أقل من دينار .

(١) ثياب من اليمن منسوبة إلى معافر ، وهو اسم قبيلة أو مكان تنسج فيه .

(٢) اسم موضع بين مصر والشام ، والمشهور الآن بآيلات .

وقال أيضا : فإذا دعا من يجوز أن تؤخذ منه الجزية إلى الجزية على ما يجوز ، وبذل دينارا عن نفسه كل سنة ، لم يجز للإمام إلا قبوله منه ، وإن زاده على دينار - ما بلغت الزيادة قلت أو كثرت - جاز للإمام أخذها منه ، لأن اشتراط النبي ﷺ على نصارى أيلة في كل سنة دينارا على كل واحد ، والضيافة زيادة على الدينار .
وقال : وقد صالح عمر أهل الشام على أربعة دنائير وضيافة .

ثم ذكر حديث أسلم وحديث عثمان بن حنيف السابقين ، وحديث حارثة بن مضر : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على أهل السواد ضيافة يوم وليلة ، فمن حبسه مرض أو مطر أتفق من ماله .

ثم قال : وحديث أسلم ضيافة ثلاثة أيام أشبه ، لأن رسول الله ﷺ جعل الضيافة ثلاثا ، وقد يكون جعلها على قوم ثلاثا وعلى قوم يوما وليلة ، ولم يجعل على آخرين ضيافة ، كما يختلف صلحه لهم ، فلا يرد بعض الحديث بعضا . هـ

هذا ونجد الشافعي رحمه الله تعالى هنا يأخذ بقول الصحابي ويهتدي به في استنباط الحكم ، حيث لم يجد كتابا ولا سنة ولا إجماعا ، وكان قول الصحابي أصح في القياس .

٣ - وأما الذين قالوا لا تحديد في ذلك ، وإنما هو متروك إلى رأي الإمام ، فعمدتهم بذلك : أن هذه الأحاديث تحمل على التخيير ، إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي ﷺ متفق على صحته ، وإنما ورد الكتاب في ذلك عاما ، واختلاف الأحاديث يدل على أنها إلى رأي الإمام ، ولولا ذلك لكانت على قدر واحد في جميع هذه المواضع ، ولم يجز أن تختلف .

قال البخاري [١١٧/٤] : قال ابن عيينة عن ابن أبي نجيح : قلت لمجاهد : ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنائير ، وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال : جعل ذلك من أجل اليسار . [المغني : ٣٣٤/٩ ، بداية المجتهد : ٣٩١/١]

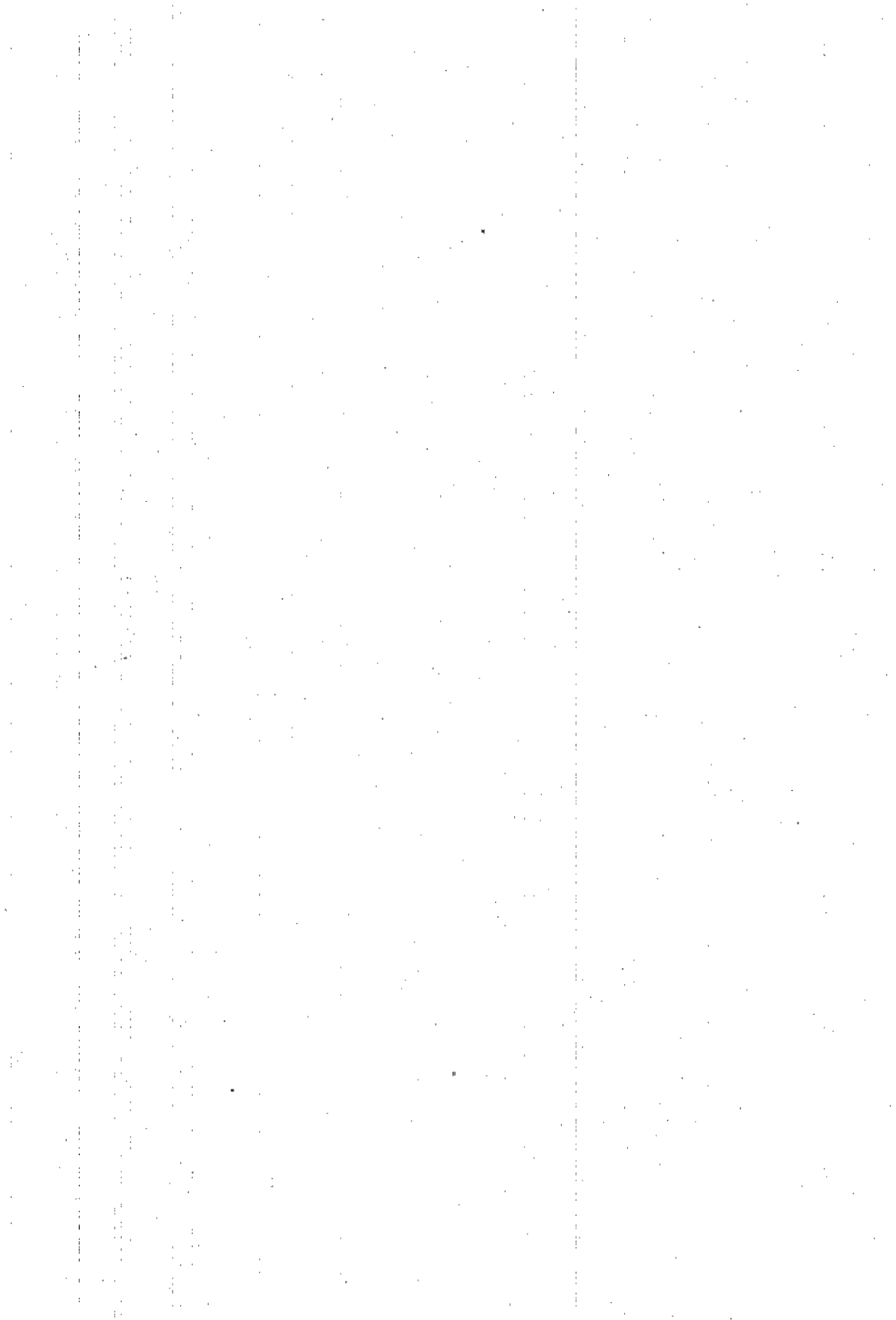
* * *

الباب السادس في إجماع أهل المدينة وأثره

ويحتوي على فصلين

الفصل الأول : إجماع أهل المدينة

الفصل الثاني : أثر الاحتجاج بإجماع أهل المدينة



الفصل الأول

في

إجماع أهل المدينة

وفيه

— المراد بإجماع أهل المدينة ، وتحرير محل الخلاف

— آراء العلماء في حجية إجماع أهل المدينة ، وأدلتهم

المراد بإجماع أهل المدينة وتحرير محل الخلاف :

الإجماع في اللغة يطلق بإطلاقين :

- أحدهما : العزم والتصميم على الشيء ، ومنه قوله تعالى : « فأجمعوا أمركم » / يونس : ٧١ / أي : اعزموا عليه ، وقوله عليه الصلاة والسلام : (لا صيام لمن لم يجمع الصيام قبل الفجر) [الدار قطني : ١٧٣ / ٢] أي : يعزم عليه .
- ثانيهما : الاتفاق ، يقال : أجمع القوم على كذا ، إذا اتفقوا عليه .

وأما في اصطلاح الأصوليين :

فهو : اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته ، في عصر من الأعصار على حكم في واقعة من الوقائع .

فالاتفاق : هو الاشتراك في قول أو فعل أو اعتقاد .

ومجتهدو أمة محمد ﷺ : هم أهل الحل والعقد والفقهاء ، فلا عبرة باتفاق العوام ، ولا بخلافهم ، كما لا عبرة باتفاق الأمم السابقة .

ويشير التعريف إلى أن الاتفاق الحاصل في زمنه ﷺ : لا يسمى إجماعا .

والإجماع بهذا المعنى إذا وقع مستوفيا شروطه ، ونقل إلينا ، وعلمنا به ، كان حجة لدى الجمهور ، والمصدر الثالث من مصادر التشريع .

ولقد وصف الآمدي الجمهور القائمين إن الإجماع حجة : بأنهم أهل الحق . هذا على خلاف بينهم في بعض القيود والشروط^(١) .

(١) الإحكام للآمدي : ٢٨١ / ١ ، ٢٨٦ (طبع مطبعة المعارف سنة ١٣٣٢ هـ) ،

أصول الفقه / محمد أبو النور زهير : ١٧٨ / ٣ . وانظر المصباح (مادة : جمع) .

إجماع أهل المدينة :

وبناء على تعريف الإجماع يكون إجماع أهل المدينة هو : اتفاق مجتهدى المدينة في عصر من العصور على أمر من الأمور .

وهل المراد لدى الأصوليين - عند بحثهم في إجماع أهل المدينة - هذا المعنى على إطلاقه ؟ الظاهر أن هذا ليس مرادا ، وإنما المراد بالبحث إنما هو إجماع من كان فيها من المجتهدين في القرون الثلاثة التي جاءت الآثار بالثناء عليهم ^(١) ، وهم الصحابة والتابعون وتابعو التابعين .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : والكلام إنما هو في إجماعهم في تلك الأعصار المفضلة ، وأما بعد ذلك فقد اتفق الناس على أن إجماع أهلها ليس بحجة ، إذ كان حينئذ في غيرها من العلماء ما لم يكن فيها ^(٢) .

وإجماع أهل المدينة هذا على قسمين لدى العلماء :

١ - القسم الأول : كل ما كان طريقه النقل والحكاية عن النبي ﷺ ، سواء كان نقلا لقوله : كالإذان والإقامة وغيرها ، أم لفعله : كصفة صلاته وعدد ركعاتها وسجدياتها وأشبه ذلك ، أم نقلا لإقراره عليه الصلاة والسلام لما شاهده منهم ولم ينقل عنه إنكاره ، أم نقلا لتركه أمورا شاهدها منهم ، وأحكاما لم يلزمهم إياها ، مع شهرتها لديهم وظهورها فيهم ، كتركه أخذ الزكاة من الخضراوات مع علمه ﷺ بكونها كثيرة عندهم .

فهذا النوع من إجماعهم في هذه الوجوه اتفقت أكثر النقول أو جميعها على أنه حجة يلزم المصير إليه ، ويترك ما خالفه من قياس أو خبر واحد ، لأنه نقل متواتر ، أو على الأقل مشهور مستفيض ، فهو موجب للعلم القطعي ، فلا يترك لما

(١) انظر هذه الآثار في صحيح البخاري : ٢/٥ ، وسنن أبي داود : ١٨/٢ وغيرهما من كتب السنن .

(٢) صحة أصول مذهب أهل المدينة : ٢٠ ، وانظر الآيات البينات : ٢٩٢/٢ - ٢٩٣ .

توجيه غلبة الظن ، فلا يجوز لمنصف أن ينكر حجة مثل هذا • وإن وجد خلاف في فرع فقهي من هذا النوع فليس لعدم اعتبار حجته ، بل لدليل آخر لدى المخالف . يقول ابن القيم في هذا [إعلام الموقعين : ٣٧٢/٢] : فهذا النقل وهذا العمل حجة يجب اتباعها ، وسنة متلقاة بالقبول على الرأس والعينين ، وإذا ظفر العالم بذلك قرت به عينه ، واطمأنت إليه نفسه • هـ

٢ - القسم الثاني : هو ما كان طريقه الاستدلال والاجتهاد والاستنباط • وهذا النوع هو محل النزاع والخلاف في كونه حجة ملزمة يجب المصير إليها ، أم أنه ليس بحجة ؟ •

على أنه قد اختلف النقل عن القائلين بحجية إجماع أهل المدينة : هل المراد عندهم ما يشمل النوعين معا ، أو أن المراد النوع الأول ؟ والصحيح أن المراد عندهم ما يشمل النوعين معا •

وكذلك هل المراد من حجة النوع الثاني أن إجماعهم أولى ولا تمتنع مخالفته ، بل يرجح به اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، أو المراد أن إجماعهم حجة يجب الأخذ به ولا تجوز مخالفته ؟ والصحيح الراجح الذي تدل عليه عباراتهم : أنه إذا أجمع أهل المدينة على أمر لم يجز لأحد أن يقول بخلافه ، والعمل عندهم في هذا كالإجماع •

وعلى هذا يبقى الخلاف قائما ، ويكون محل النزاع : هو النوع الثاني من إجماع أهل المدينة وهو : ما كان طريقه الاجتهاد والاستدلال والاستنباط • قال ابن القيم [إعلام الموقعين : ٣٧٣/٢] : وأما العمل الذي طريقه الاجتهاد والاستدلال فهو معترك النزاع ومحل الجدل • [انظر شرح تنقيح الفصول : ١٤٥ ، مالك ٣٣٢] على أننا سنرى أن فروعا كثيرة ظاهرها أنها من النوع الأول ، ومع ذلك وجد اختلاف فيها : إما لتعارض الأدلة ، وإما لأن إجماع أهل المدينة لم يثبت لدى المخالف فيها •

آراء العلماء في حجة إجماع أهل المدينة وأدلتهم :

مذاهب العلماء :

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أن إجماع أهل المدينة حجة ملزمة لغيرهم .

قال ابن الحاجب : إجماع المدينة من الصحابة والتابعين حجة عند مالك . هـ وابن الحاجب ممن رجح هذا القول ، واحتج له في مختصره .

٢ - وذهب الجمهور من الأصوليين والفقهاء رحمهم الله تعالى إلى أنه ليس بحجة .

قال الآمدي في الإحكام : اتفق الأكثرون على أن إجماع أهل المدينة وحدهم لا يكون حجة على من خالفهم ، في حالة انعقاد إجماعهم ، خلافاً لمالك . ثم قال : والمختار مذهب الأكثرين ^(١) .

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى ومن تبعه :

جاء في رسالته إلى الليث بن سعد رحمه الله تعالى :

إليها (أي المدينة) كانت الهجرة ، وبها تنزل القرآن ، وأحل الحلال وحرم الحرام ، إذ رسول الله بين أظهرهم ، يحضرون الوحي والتنزيل ، ويأمرهم فيطيعونه ويسن لهم فيتبعونه ، حتى توفاه الله واختار له ما عنده ، صلوات الله عليه ورحمته وبركاته . ثم قام من بعده الناس من أمته ، ممن ولي الأمر من بعده ، بما نزل بهم ، فما علموا أتقوه ، وما لم يكن عندهم به علم سألوا عنه ، ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا ذلك في اجتهادهم وحداثة عهدهم ، وإن خالفهم مخالف ، أو قال امرؤ

(١) العُضد على ابن الحاجب : ٣٥/٢ ، الإحكام : ٢٢٠/١ ، وانظر المستصفي :

١/١١٨ ، إعلام الموقعين : ٣٧٣/٢ وما بعدها ، شرح تنقيح الفصول : ١٤٥ ، والمخلى على جمع الجوامع بخاشية العبادي : ٢/٢٩٢ ، مالك : ٣٢٨ .

غيره أقوى منه وأولى ترك قوله وعمل بغيره ، ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل ، ويتبعون تلك السنن • [ترتيب المدارك : ٣٦/١ - ٣٧]

وتتلخص حجة مالك رحمه الله تعالى من كلامه فيما يلي :

١ - أن القرآن المشتمل على الشرائع وفقه الإسلام نزل في المدينة ، وأهلها هم أول من وجه إليهم التكليف ، ومن خوطبوا بالأمر والنهي ، وأجابوا داعي الله فيما أمر ، وأقاموا عمود الدين ، ثم قام فيهم من بعد النبي ﷺ أكثر الناس اتباعاً له من أمته : أبو بكر ثم عمر ثم عثمان ، فنفذوا سنته بعد تحريرها والبحث عنها مع حداثة العهد •

ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل ، ويتبعون تلك السنن ، فالمدينة لهذا قد ورثت علم السنة ، وفقه الإسلام في عهد التابعين ، وهو العهد الذي رآها مالك ، فإذا كان الأمر بها ظاهراً معمولاً به لم يجز لأحد خلافه ، للورثة التي آلت إليهم ، ولا يجوز لأحد انتحالها لبلده ، ولا ادعائها له •

٢ - أن المدينة دار هجرة النبي عليه الصلاة والسلام ، وموضع قبره ومهبط الوحي ، ومجمع الصحابة ، ومستقر الإسلام ، ومتبوء الإيمان ، وفيها ظهر العلم ومنها صدر ، كيف وأن أهلها شاهدوا التنزيل وسمعوا التأويل ، وكانوا أعرف بأحوال الرسول عليه الصلاة والسلام من غيرهم ، فوجب أن لا يخرج الحق عن قولهم •

[كشف الأسرار : ٢٤١/٣ ، الإحكام : ٢٢١/١ ، مالك : ٣٣١ ، أثر الاختلاف : ٣٧٢]

هذا ولقد ذكر المالكية أدلة أخرى يؤيدون ما ذهب إليه إمامهم وما تابعوه عليه من أن إجماع أهل المدينة حجة ، فبالإضافة إلى ما سبق :

١ - ذكروا أحاديث :

منها : قوله عليه الصلاة والسلام : (إن المدينة طيبة تنفي خبثها كما ينفي

الكير خبث الحديد) • [البخاري : ٩٨/٩ ، مسلم : ١٠٠٦/٢]

قالوا : إن الحديث دل على اتقاء الخبث عن المدينة ، والخطأ من الخبث : فكان منفيًا عن أهلها ، لأنه لو كان في أهلها لكان فيها ، وإذا اتقى عنهم الخطأ كان إجماعهم حجة وكانت متابعتهم واجبة •

ومنها : قوله عليه الصلاة والسلام : (إن الإسلام ليأرز ^(١)) إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها) • [البخاري : ٢٧/٣ ، مسلم : ١٣١/١]

ومنها : قوله عليه الصلاة والسلام : (لا يكاد أحد أهل المدينة إلا انماع ^(٢)) كما ينماع الملح في الماء) • [البخاري : ٢٧/٣ ، مسلم : ١٠٠٨/٢]

إلى غير ذلك من الأخبار التي تدل على زيادة خطرها وكثرة شرفها •

٢ - قالوا : إن رواية أهل المدينة تقدم على رواية غيرهم اتفاقاً ، فكذا عملهم وعقيدتهم ورأيهم يقدم على ما لغيرهم ، ويكون إجماعهم حجة على غيرهم •

على أن ابن الحاجب يرد هذين الدليلين ويرى أنه لاجحة فيهما ، لأن الأحاديث تدل على الفضل فحسب ، وكذلك : الرواية غير الاجتهاد والرأي •

٣ - والمعنى الذي استدلل به ابن الحاجب على حجة إجماع أهل المدينة هو : أن علماء المدينة كانوا موجودين فيها ، قلما يخرجون منها أو يغيبون عنها ، فهم دائماً يجتمعون ويتشاورون ويتناظرون ، فيبعد أن لا يطلع أحد منهم على دليل المخالف ، لاسيما إذا كان راجحاً • وهم أيضاً أعرف الناس بوجوه الأدلة من قول الرسول ﷺ وفعله وفعل أصحابه في زمانه ووجوه الترجيح ، لأنهم كانوا في مهبط الوحي ، وإذا كان الأمر كذلك فالعادة تقضي بعدم إجماع هذا العدد الكثير من العلماء المحصورين الأحقين بالاجتهاد إلا عن دليل راجح ، وإذا كان اجتماعهم عن دليل راجح وجب كونه حجة •

(١) يارز : ينضم إليها ويجتمع بعضه إلى بعض فيها •

(٢) انماع : سال وذاب •

٤ - إن أحكام الشريعة كانت تتجدد شيئاً بعد شيء ، وكان ينسخ بعض أحكامها بعضاً ، والمرجوع إليه آخر حاله صلوات الله وسلامه عليه ، والصحابة رضي الله عنهم لم يكونوا بخالة واحدة ، بل منهم من كان ملازماً للنبي ﷺ ، ومنهم من يذهب ويعود ، ومنهم من يذهب ولا يعود ، فكان بعضهم إذا عاد وذكر حكماً قيل له : إنك لا تدري ماذا حدث بعدك ، وقد تفرق أصحاب النبي ﷺ في البلاد ، وبقي في المدينة عدد منهم لم يجتمع مثله في بلدة غيرها ، وكان من هؤلاء الأئمة الأعلام ، وأزواج النبي ﷺ ، وغير هؤلاء ممن عليهم مدار الإسلام ، وهم العالمون بآخر الأمرين ، لأنهم الملازمون إلى الوفاة ، وغيرهم - وإن كان عنده علم صحيح سمعه من فم النبي ﷺ - لكنه ربما لو ذكره لهؤلاء لقليل له : لا تدري ماذا أحدث بعدك ، والتابعون ممن بعدهم لا يخرجون عن هديهم ، وقد كان في المدينة من التابعين ما ليس في غيرها . ولذلك كله كان اتفاق أهلها حجة (١) .

حجة الجمهور غير المالكية :

إن إجماع أهل المدينة ليس إجماعاً بالمعنى الذي سبق تعريفه به ، لأنهم بعض المجتهدين ، والإجماع اتفاق كل المجتهدين الموجودين في عصر واحد ، والأدلة إنما أثبتت عصمة الكل عن الخطأ ، ولم تثبت عصمة البعض عنه ، فكان قول الكل هو الحجة . قال الغزالي رحمه الله تعالى : فإن أراد مالك أن المدينة هي الجامعة لهم - يعني أهل الحل والعقد - فمسلم له ذلك لو جمعت ، وعند ذلك لا يكون للمكان فيه تأثير ، وليس بمسلم ، بل لم تجمع المدينة جميع العلماء ، لا قبل الهجرة ولا بعدها بل ما زالوا متفرقين في الأسفار والغزوات والأمصار .

فلا وجه لكلام مالك إلا أن يقول : عمل أهل المدينة حجة ، لأنهم الأكثرون ، والعبرة بقول الأكثرين ، وقد أفسدناه (٢) .

(١) العضد : ٣٥/٢ - ٣٦ ، الإحكام : ٢٢١/١ ، الاسنوي : ٢٩٠/٢ ، كشف الاسرار : ٢٤١/٣ ، فتاوى الشيخ عlish : ٥٢/١

(٢) هذه مسألة أخرى بينها في المستصفى قبل هذه المسألة : ١١٧/١ - ١١٨

أو يقول : يدل اتفاقهم في قول أو عمل أنهم استندوا إلى سماع قاطع ، فإن الوحي الناسخ نزل فيهم ، فلا تشذ عنهم مدارك الشريعة .

قال : وهذا تحكم ، إذ لا يستحيل أن يسمع غيرهم حديثاً من رسول الله ﷺ في سفر ، أو في المدينة ، لكن يخرج منها قبل نقله ، فالحجة في الإجماع ولا إجماع .

قال : وربما احتجوا بثناء رسول الله ﷺ على المدينة وأهلها .

قال : وذلك يدل على فضيلتهم ، وكثرة ثوابهم لسكانهم المدينة ، ولا يدل على تخصيص الإجماع بهم (١) .

تحقيق ابن تيمية رحمه الله تعالى لمسألة إجماع أهل المدينة :

يرى ابن تيمية أن إجماع أهل المدينة على أربعة أقسام :

القسم الأول : هو ما يجري مجرى النقل عن النبي ﷺ ، مثل نقلهم لمقدار الصاع والمد ، وتركه ﷺ أخذ الزكاة من الخضراوات وغير ذلك . وذكر أن هذا النوع حجة باتفاق العلماء ، قال : أما الشافعي وأحمد وأصحابهما فهذا حجة عندهم بلا نزاع ، كما هو حجة عند مالك ، وذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه . ونقل عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه : لما سأل مالكا عن هذه المسائل وأجابه عنها رجع إلى قوله وقال : لو رأى صاحبي مثل ما رأيت لرجع مثل ما رجعت . ثم أتى بأمثلة من فقه الأئمة على ذلك .

القسم الثاني : العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان بن عفان رضي الله عنه . قال رحمه الله تعالى : فهذا حجة في مذهب مالك ، وهو المنصوص عن الشافعي ، قال في رواية يونس بن عبد الأعلى : إذا رأيت قدماء أهل المدينة على شيء فلا

(١) المستقصى : ١١٨/١ - ١١٩ ، وانظر الآيات البيئات : ٢٩٢/٢ ، الإحكام : ٢٢٠/١ ، أصول الفقه (محمد أبو النور زهير) : ١٩٢/٣ . وانظر أيضاً : صحة أصول مذهب أهل المدينة : ١١٦ - ١٢٦

تتوقف في قلبك ريباً أنه الحق ، وكذا ظاهر مذهب أحمد : أن ما سنه الخلفاء الراشدون فهو حجة يجب اتباعها ، وقال أحمد : كل بيعة كانت في المدينة فهي خلافة نبوة ، ومعلوم أن بيعة أبي بكر وعمر وعثمان كانت بالمدينة ، وكذلك بيعة علي كانت بالمدينة ثم خرج منها ، وبعد ذلك لم يعقد بالمدينة بيعة • ثم قال : فالحكي عن أبي حنيفة يقتضي أن قول الخلفاء الراشدين حجة ، وما يعلم بأهل المدينة عمل قديم على عهد الخلفاء الراشدين مخالف لسنة الرسول ﷺ •

القسم الثالث : إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين وقياسين ، جهل أيهما أرجح ، وأحدهما يعمل به أهل المدينة • قال : ففيه نزاع • وذكر أن مالكا والشافعي (١) رحمهما الله تعالى يرجحان بعمل أهل المدينة ، ورجح أن هذا مذهب أحمد • وذكر أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لا يرجح به •

القسم الرابع : وهو العمل المتأخر في المدينة ، وذكر أن مذهب الشافعي وأحمد وأبي حنيفة - وهو قول المحققين من أصحاب مالك - أنه ليس بحجة شرعية •

ويرى ابن تيمية أن هذا هو رأي مالك رحمه الله تعالى ، ويستبعد أن يكون مالك يرى هذا النوع من العمل حجة يلزم الناس اتباعهم فيه • قال رحمه الله تعالى : ولم أر في كلام مالك ما يوجب جعل هذا حجة ، وهو في الموطأ إنما يذكر الأصل المجمع عليه عندهم ، فهو يحكي مذهبهم ، وتارة يقول : الذي لم يزل عليه أهل العلم ، يشير إلى الإجماع القديم ، وتارة لا يذكر • اهـ • واستدل على هذا بأن مالكا رحمه الله تعالى قد عرض عليه أن يحمل الناس على موطنه فامتنع من ذلك وقال : إن أصحاب رسول الله ﷺ تفرقوا في الأمصار ، وإنما جمعت علم أهل بلدي • فلو كان مالك يرى أن عمل أهل المدينة المتأخر حجة يلزم الأمة اتباعها لوجب عليه أن

(١) كلام الشافعي يشير إلى أنه لا يسلم حصول العمل المجمع عليه لدى علماء المدينة فكيف يرجح به ؟ ولم أجد مسألة مما اطلعت عليه يرجح القول بها بعمل أهل المدينة •

يلزم الناس بذلك حد الإمكان ، كما يلزم اتباع الحديث والسنة الثابتة والإجماع ،
ولما جازاه ترك المطالبة بذلك فضلاً عن رفضه .
[صحة أصول مذهب أهل المدينة : ٢٣ - ٢٧]

مناقشة رأي ابن تيمية في محل الخلاف :

أقول : وهذا الذي رآه ابن تيمية رحمه الله تعالى ، يتعارض مع ظاهر ما نقل
من كلام مالك رحمه الله تعالى في رسالته إلى الليث بن سعد ، فإن ظاهر كلامه يشير
إلى أنه يعتبر عمل أهل المدينة في الفقه حجة على غيرهم ، وأن غيرهم تبع لهم في
هذا ، وليس في كلامه ما يشير إلى أنه يريد العمل القديم . قال : رحمه الله تعالى
في رسالته :

واعلم رحمك الله أنه بلغني أنك تفتي الناس بأشياء مختلفة ، مخالفة لما عليه
جماعة الناس عندنا ، وبلدنا الذي نحن فيه ، وأنت في أمانتك وفضلك ومنزلتك من
أهل بلدك وحاجة من قبلك إليك ، واعتمادهم على ما جاء منك ، حقيق بأن تخاف
على نفسك وأن تتبع ما ترجوا النجاة باتباعه ، فإن الله تعالى يقول في كتابه :
« والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار » / التوبة : ١٠٠ / وقال تعالى :
« فبشر عباد • الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » / الزمر : ١٧ - ١٨ /
فإنما الناس تبع لأهل المدينة .

وجاء فيها أيضاً بعد سرده الأدلة على مسلكه :

فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهراً معمولاً به لم أر لأحد خلافه ، للذي بين
أيديهم من تلك الوراثة التي لا يجوز اتحاليها ولا ادعاؤها ، ولو ذهب أهل الأمصار
يقولون : هذا العمل ببلدنا ، وهذا الذي مضى عليه من مضى منا ، لم يكونوا فيه
من ذلك على ثقة ، ولم يكن لهم من ذلك الذي جاز لهم . اهـ .
[ترتيب المدارك : ١ / ٣٦ - ٣٧]

فإذا أردنا أن نوفق بين هذا الكلام وبين ما رآه ابن تيمية كان علينا أن نحمل
كلام مالك رحمه الله تعالى على العمل القديم ، أو أن مراده في ذلك : أنه الطريق
الأسلم واتباع الأفضل والأخذ بما هو أرجح .

على أن جمهور الأصوليين والفقهاء - قديماً وحديثاً - فهموا من كلامه هذا أنه يصرح بحجية عمل أهل المدينة وإجماعهم ، ويرى أنه ليس لأحد أن يخالفهم فيما أجمعوا عليه أو جرى التعامل به عندهم ، وأن المراد بهذا الإجماع وذلك العمل هو ما لقي مالك رحمه الله تعالى أهل المدينة عليه وما كان قبله ، لا العمل القديم وحده . [مالك : ٣٢٨ ، أثر الاختلاف : ٣٧١ - ٣٧٢]

راي الإمام الشافعي رحمه الله تعالى :

يرد الشافعي قول من يرى إجماع أهل المدينة حجة من ناحيتين :

- أن الأمر المجتمع عليه عنده ليس هو اجتماع بلد ، بل اجتماع العلماء في كل البلاد .

- إنكار ذلك الإجماع الذي يدعيه مالك وأصحابه ، فإن كثيراً من المسائل التي ادعي فيها إجماع أهل المدينة كان من أهل المدينة من يرى خلافها .

وهذه بعض عباراته التي تبين رأيه ومنهاجه في رد ذلك النوع من الاحتجاج :

١- جاء في الرسالة [٥٣٤] : ولست أقول ولا أحد من أهل العلم : هذا مجتمع عليه إلا لما لا تلقى علماً أبداً إلا قاله لك وحكاه عن قبله ، كالظهر رابع ، وكتحريم الخرم وما أشبه ذلك . قال : وقد أجده يقول : المجمع عليه ، وأجد من المدينة من أهل العلم كثيراً يقولون بخلافه ، وأجد عامة أهل البلدان على خلاف ما يقول المجمع عليه .

وجاء في الأم [٢٤٨/٧] : قلت للشافعي : فقد فهمت ما ذكرت ، وما كنت أذهب في العلم إلا إلى قول أهل المدينة . فقال الشافعي : ما علمت أحداً اتحل قول أهل العلم من أهل المدينة أشد خلافاً لأهل المدينة منكم ، ولو شئت أن أعد عليكم ما أملاً به ورقاً كثيراً مما خالفتم فيه كثيراً من أهل المدينة عددها عليكم ، وفيما ذكرت لك مادلك على ما وراءه إن شاء الله .

فقلت للشافعي : إن لنا كتاباً قد صرفنا إلى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا ، وفيه : الأمر المجتمع عليه عندنا ، وفيه : الأمر عندنا ؟

قال الشافعي : فقد أوضحنا لكم ما يدلكم على أن ادعاء الإجماع بالمدينة وفي غيرها لا يجوز ، وفي القول الذي ادعيت فيه الإجماع اختلاف ، وأكثر ما قلتم الأمر المجتمع عليه ، مختلف فيه .

٢ - وفي معرض الرد على حجة إجماع أهل المدينة وتقديمه على خبر الواحد قال في الأم [٢٤٢/٧] : فقلت للشافعي : إنما ذهبنا إلى أن ثبت ما اجتمع عليه أهل المدينة دون البلدان كلها . فقال الشافعي : هذه طريق الذين أبطلوا الأحاديث كلها ، وقالوا نأخذ بالإجماع ، إلا أنهم ادعوا إجماع الناس وادعيتم أتم إجماع بلد ، هم يختلفون على لسانكم ، والذي يدخل عليهم يدخل عليكم معهم ، للصمت كان أولى بكم من هذا القول . قلت : ولم ؟ .

قال : لأنه كلام ترسلونه لا بمعرفة ، فإذا سئلتهم عنه لم تقفوا منه على شيء ينبغي لأحد أن يقبله . رأيتم إذا سئلتهم : من الذين اجتمعوا بالمدينة ؟ أهم الذين ثبت لهم الحديث ، وثبت لهم ما اجتمعوا عليه ، وإن لم يكن فيه حديث من أصحاب رسول الله ﷺ ؟ فإن قلتم : نعم ، قلت : يدخل عليكم في هذا أمران :

أحدهما : أنه لو كان لهم إجماع لم تكونوا وصلتتم إلى الخبر عنهم إلا من جهة خبر الاتفراد الذي رددتم مثله في الخبر عن رسول الله ، فإن ثبت خبر الاتفراد فما ثبت عن النبي ﷺ أحق أن يؤخذ به .

والآخر : أنكم لا تحفظون في قول واحد غيركم شيئاً متفقاً ، فكيف تسمون إجماعاً لا تجدون فيه عن غيركم قولاً واحداً ؟ وكيف تقولون أجمع أصحاب رسول الله ﷺ وهم يختلفون على لسانكم ، وعند أهل العلم ؟ . اهـ .

ونجد من هذا النص : أن الشافعي رحمه الله تعالى يقرر أن ادعاء الإجماع لا يكون إلا إذا علم الاتفاق من الجميع ، ثم هو يثبت أن الخلاف قائم بين علماء المدينة فيما ادعي فيه الإجماع ، بل إنه يشدد النكير على أصحاب مالك الذين يجادلونه ، ويبين لهم في كل قضية استمسكوا فيها بإجماعهم : أن أهل المدينة يختلفون في ذلك ، بل إنه ليبالغ بالقول حتى يثبت أنهم أكثر الناس مخالفة لأهل المدينة ، فنجده يقول

في الأم [١٩٣/٧] بعد مناقشة حول القراءة في الركعتين الأخيرتين من الصلاة ،
وفي صلاة السفر :

وإنه لا خلق أشد خلافاً لأهل المدينة منكم ، ثم خلافتكم ما رويتم عن رسول
الله ﷺ الذي فرض الله طاعته ، وما رويتم عن الأئمة الذين لا تجدون مثلهم . ثم
يقول : فلو قال لكم قائل : أتم أشد الناس معاندة لأهل المدينة وجد السبيل إلى
أن يقول ذلك لكم على لسانكم ، لا تقدرُونَ على دفعه عنكم ، ثم الحجة عنكم في
خلافتكم أعظم منها على غيركم ، لأنكم ادعيتُم القيام بعلمهم واتباعهم دون غيركم ، ثم
خالفتموهم بأكثر مما خالفهم به من لم يدع من اتباعهم ما ادعيتُم . فلئن كان هذا قد
خفي عليكم من أنفسكم إن فيكم لغفلة ما يجوز لكم معها أن تقتلوا خلقاً ، والله
المستعان . اهـ .

٣ - هذا ، ويقرر الشافعي رحمه الله : أن علماء المدينة إذا اجتمعوا على أمر
كان ذلك الأمر موضع اتفاق العلماء في كل البلدان ، وأنه لا يوجد ذلك الاجتماع في
المدينة إلا وجد في جميع البلدان ، ولذلك يقول في كتابه خلاف مالك
[الأم : ١٨٨/٧] :

لا يقال إجماع إلا لما لا خلاف فيه بالمدينة ، قلت : هذا الصدق المحض فلا
تفارقه ، ولا تدعوا الإجماع إلا فيما لا يوجد بالمدينة فيه اختلاف ، وهو لا يوجد
بالمدينة إلا وجد بجميع البلدان عند أهل العلم متفقين فيه ، لم يخالف أهل البلدان
أهل المدينة إلا ما اختلف فيه أهل المدينة بينهم . [انظر الشافعي : ٢٦٠ - ٢٦٢]

وختاماً للبحث : فالذي يبدو لي - والله أعلم - أن مراد مالك رحمه الله تعالى
بإجماع أهل المدينة وعملهم هو ما يشمل العمل القديم قبل الفتنة ، وما يشمل
العمل المتأخر بعدها طيلة القرون الثلاثة التي ثبت الثناء عليها من رسول الله ﷺ .
يدل على هذا كلامه في رسالته إلى البليث بن سعد رحمه الله تعالى ، وهو كلام في
ظاهره صريح على ما قلت ، وليس هناك من القرائن ما يصرفه عن هذا الظاهر .
ويؤكد هذا ما نقلته من رأي الشافعي رحمه الله تعالى : فإنه شدد الإنكار
على القول بحجية إجماع أهل المدينة ، ولا يعقل أن يكون هذا الإنكار من الشافعي

منصباً على العمل القديم ، بل يستحيل أن يكون مراده ذاك النوع من العمل والإجماع وهو الذي — كما نقل عنه ابن تيمية — يأخذ بذاك النوع من العمل ، لأنه في الحقيقة هو إجماع لدى الشافعي ، فغالب الظن : أن الشافعي رحمه الله تعالى عرف مراد مالك وأصحابه — رحمهم الله تعالى — من قولهم بإجماع أهل المدينة وعملهم ، وأنه يشمل العمل المتأخر ، فأخذ يبطل دعواهم ويفند قولهم •

وإذا كان مراد مالك رحمه الله تعالى من قوله في الموطأ : الأمر المجتمع عليه — أو غيره — العمل القديم ، فأبي إجماع هذا الذي يذكره مع نقله ما يخالفه عن أمثال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأمثاله من الصحابة رضي الله عنهم (١) ؟ على أن شراح الموطأ من أصحاب مالك وأتباعه كثيراً ما يفسرون كلمة (الناس) في كلامه بالتابعين ، وكلمة أهل العلم بأتباعهم [انظر الزرقاني : ٤٥/١] بل إن فقهاء المالكية قد صرحوا بهذا فقالوا : والذين يحتج الإمام بعملهم هم التابعون الذين أدركهم ، وهم لا يخرجون عن نهج الصحابة ، وكل من الفريقين حجة ، رضوان الله عليهم أجمعين • [فتاوى الشيخ عليش : ٥٣/١]

هذا ، وما ذكره الشافعي رحمه الله تعالى — من أن دعوى الإجماع هذه لم تسلم لأصحابها ، وأن أكثر ما قيل فيه : الأمر المجتمع عليه عندنا ، والأمر عندنا ، لم يكن فيه إجماع بل وجد فيه الاختلاف — فهو حكم مصيب وواقع ، يدل على الرجوع إلى المسائل والفروع كما سنرى • ولقد ذكر ابن تيمية في معرض رده على القائلين بتقليد أهل المدينة مخالفتهم لأهل المدينة في كثير من المسائل ، وأنهم خالفوا عمر رضي الله عنه في نيف وثلاثين مسألة من موطأ مالك خاصة ، كما أنهم خالفوا أبا بكر وعثمان وعائشة وابن عمر وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري وغيرهم من فقهاء المدينة رضي الله عنهم في كثير من أقوالهم •

[صحة أصول مذهب أهل المدينة : ١١٩]



(١) وهذا كثير في الموطأ ، وسنرى بعضه في الفصل الثاني من هذا الباب .

الفصل الثاني

أثر الاحتجاج بإجماع أهل المدينة

وفيه المسائل الآتية :

- ١ — طهارة المستحاضة .
- ٢ — وطء المستحاضة .
- ٣ — تشية الأذان وإفراد الإقامة .
- ٤ — حكم القراءة خلف الإمام .
- ٥ — التكبير في صلاة العيدين .
- ٦ — أقل ما يجزئ في الوتر .
- ٧ — قضاء فائتة السفر .
- ٨ — القراءة في الصلاة على الجنازة .
- ٩ — عزائم سجود التلاوة .
- ١٠ — نصاب الذهب في الزكاة .
- ١١ — الزكاة في مال من عليه دين .
- ١٢ — زكاة الدين .
- ١٣ — مال الزكاة فيه من الزروع والثمار .
- ١٤ — ما يجب في تجارة أهل الذمة .
- ١٥ — متى يقطع الحاج التلبية .
- ١٦ — خيار المجلس ومتى يلزم البيع .
- ١٧ — بيع البر بالشعر متفاضلا .
- ١٨ — تزويج الأب ابنته البكر .
- ١٩ — مقام الزوج عند الزوجة الجديدة .
- ٢٠ — المقدار المحرم في الرضاع .
- ٢١ — أثر الزوج الثاني على تطليقات الأول .
- ٢٢ — وقوع الطلاق بمضي مدة الإبراء .
- ٢٣ — ما تحمله العاقلة من دية الخطأ .
- ٢٤ — قتل المسلم بالذمي .
- ٢٥ — حرمة المصاهرة بالزنا .
- ٢٦ — قبول شهادة انقاذ بعد التوبة .

لقد كان لا اعتبار مالك رحمه الله تعالى إجماع أهل المدينة حجة ملزمة كبير للأثر في الاختلاف في كثير من الفروع الفقهية لدى الأئمة ، حيث إن مالكا رحمه الله تعالى قدم إجماع أهل المدينة وعملهم على القياس ، بل وعلى خبر الواحد ، وقدمه على قول الصحابي — من باب أولى — بينما لم ينظر غيره من الأئمة هذه النظرة ، بل إن بعضهم — كما علمنا — لا يسلم بوجود هذا النوع من الإجماع فضلا عن اعتباره حجة ، ويعتبره دعوى ليس لها وجود في الواقع . وهكذا نجد الشقة في هذا بعيدة بين مالك رحمه الله تعالى وبين غيره ، فبينما نجد مالكا إذا قال : هذا الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ، أو على هذا العمل عندنا ، أو ما شابه هذه العبارة ، يقولها بكل جزم وحزم ، ويعتبرها الدليل الذي لا مجال للنزاع فيه ولا يجوز العدول عنه ، ولذا لا يكلف نفسه — في أكثر الأحيان — أن يأتي بأي دليل على الحكم الذي ذكره قبل هذه العبارة أو بعدها ، أقول : بينما نجد مالكا كذلك ، نجد غيره ينقض له أصل هذه الدعوى ، ويثبت له : أنه ما من أمر ثبت فيه إجماع أهل المدينة إلا وكان عليه الإجماع من المسلمين ، وأنه ما قال : أجمع أهل المدينة ، إلا وفيها من يخالف في هذا الأمر ، وهكذا نجد الكثرة الكاثرة من الفروع الفقهية المختلف فيها بين مالك وغيره تتناسب مع كثرة تردد هذه العبارة — الأمر المجتمع عليه عندنا — على لسان مالك وقلمه ، حتى إنه قلما تخلو صفحة من صفحات كتابه الموطأ إلا وتذكر فيها مرة أو أكثر .

وإني بتوفيق الله تعالى سأعرض بضعا وعشرين مسألة — وهي قليل من كثير — من هذه المسائل التي اعتمد فيها مالك رحمه الله تعالى — أولا وبالذات — على عمل أهل المدينة ، وإن كان له في بعضها دلائل أخرى ، فالمرجح لهذه الدلائل اشتهاار العمل عليها ، وهذه المسائل خالفه فيها غيره في الحكم والدليل غالبا ، وإن وافقه في الحكم أحيانا فقد خالفه في الدليل .

المسألة الأولى : طهارة المستحاضة :

اتفق الأئمة : على أن المستحاضة إذا استمر بها الدم بعد أكثر الحيض والنفاس — حسب مذاهبهم في ذلك — أنه يكفيها غسل واحد للطهر من الحيض أو النفاس ، ثم تكون طهارتها بعد ذلك الوضوء .

وإنما اختلفوا متى يجب عليها أن تتوضأ ؟ وخلافهم نفسه في صاحب العذر من سلس وغيره .

١ — ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى : إلى أنه يجب عليها أن تتوضأ لكل صلاة مفروضة ، وتصلّي به النوافل أيضاً والجناز ، ولا تصلّي الفاتنة .

روى مالك في الموطأ [٦٣/١] عن عروة بن الزبير أنه قال : ليس على المستحاضة إلا أن تغتسل غسلًا واحدًا ، ثم تتوضأ بعد ذلك لكل صلاة . قال مالك : وهو أحب ما سمعت إلي في ذلك .

وقال الشافعي [الأم : ٥٢/١] : وليس عليها إلا الغسل الذي حكمه الطهر من الحيض بالسنة ، وعليها الوضوء لكل صلاة .

٢ — وذهب أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أن الواجب عليها أن تتوضأ لوقت كل صلاة ، وتصلّي به الفريضة والنافلة والفاتنة وكل شيء ما دامت في الوقت .

قال في بداية المبتدي [١٢٤/١] : والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ ، يتوضؤون لوقت كل صلاة ، فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شأوا من الفرائض والنوافل .

وقال في المغني [٢٤٩/١] : وقال أحمد : إنما أمرها أن تتوضأ لكل صلاة ، فتصلّي بذلك الوضوء النافلة والفاتنة حتى يدخل وقت الصلاة الأخرى .

الأدلة :

١ — حجة مالك رحمه الله تعالى عمل أهل المدينة . جاء في الموطأ [٦٣/١] : روى مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال : ليس على المستحاضة إلا أن تغتسل

غسلا واحدا ، ثم تتوضأ بعد ذلك لكل صلاة • قال مالك : الأمر عندنا في المستحاضة على حديث هشام بن عروة عن أبيه • ه •

٢ - وأما الشافعي رحمه الله تعالى فلم يثبت عنده أن النبي ﷺ أمر المستحاضة بالوضوء لكل صلاة ، وإنما قال بذلك قياسا على ما ثبت في السنة من وجوب الوضوء من الخارج من دبر أو فرج مطلقا • قال في الأم [٥٢/١] : وعليها الوضوء لكل صلاة قياسا على السنة في الوضوء بما خرج من دبر أو فرج مما له أثر أولا أثر له •

وقال على لسان مناقشه [٥٤/١] : قال : أما أنا فقد روينا أن النبي ﷺ أمر المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ؟ قلت : نعم ، قد رويتم ذلك ، وبه نقول ، قياسا على سنة رسول الله ﷺ ، ولو كان محفوظا عندنا كان أحب إلينا من القياس • ه • وإنما خولف القياس في أداء الفريضة الواحدة لموضع الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها • [مغني المحتاج : ١١٢/١]

٣ - وأما أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى فحجتهم :

١ - حديث عائشة رضي الله عنها قالت : قالت فاطمة بنت أبي حبيش لرسول الله ﷺ : إني لا أطهر ، أفأدع الصلاة ؟ فقال رسول الله ﷺ : (إنما ذلك عرق وليس بالحیضة ، فإذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة ، فإذا ذهب قدرها فاغسلي الدم عنك وصلي) • [البخاري : ٦٤/١ ، مسلم : ٢٦٢/١] وفي رواية : ثم قال : (اغتسلي ، ثم توضئي لكل صلاة وصلي) • [رواه أبو داود : ٢٧١/١ ، والترمذي : ٢٨٢/١] وقال : حديث حسن صحيح •

وذكر ابن الهمام أن في بعض ألفاظه أيضا : (وتوضئي لوقت كل صلاة) •

وجه الاستدلال بالحديث : أن النبي ﷺ أمرها أن تتوضأ لوقت كل صلاة ، وهذا يبين المراد بقوله : (توضئي لكل صلاة) • لأن اللام تستعار للوقت ، يقال : آتيك لصلاة الظهر ، أي : لوقتها •

- ٢ - أن الخارج منها خارج من السبيل ، فينقض الوضوء كالملذي وغيره ، ولكن لما كانت هذه الطهارة طهارة عذر وضرورة ، تقيدت بالوقت كالتيتم .
- ٣ - أن الوقت أقيم مقام الأداء تيسيراً ، فيدار الحكم عليه (١) .

المسألة الثانية : وطء المستحاضة :

اتفق علماء المسلمين على أن الحائض لا يجوز لزوجها أن يصيبها أثناء الحيض ، وأما المستحاضة :

١ - فاتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى على أن لزوجها أن يصيبها مطلقاً من غير شرط .

ذكر مالك في الموطأ [٦٣/١] : أن المستحاضة إذا صلت أن لزوجها أن يصيبها . وقال الخطيب الشربيني [مغني المحتاج : ١/١١٢] : ويجوز وطء المستحاضة في الزمن المحكوم عليه بأنه طهر ، ولا كراهه في ذلك وإن كان الدم جارياً .

وقال في بداية المبتدي [١٢٢/١] : ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم ، لا يمنع الصوم ولا الصلاة ولا الوطء .

٢ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان :

أ - إباحة وطئها مطلقاً من غير شرط ، كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة .

ب - ليس له وطؤها إلا أن يخاف على نفسه الوقوع في محذور .

وظاهر كلام الخرقي أن هذه الرواية هي المذهب حيث قال : ولا توطأ مستحاضة إلا أن يخاف على نفسه * [المغني : ٢٤٦/١]

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى عمل أهل المدينة ، جاء في الموطأ [٦٣/١] : قال مالك : الأمر عندنا أن المستحاضة إذا صلت أن لزوجها أن يصيبها ، وكذلك

(١) المغني : ٢٤٧/١ - ٢٤٨ ، الهداية وفتح القدير : ١٢١ - ١٢٤ .

النفساء إذا بلغت أقصى ما يمسك النساء الدم ، فإن رأت الدم بعد ذلك فإنه يصيها زوجها ، وإنما هي بمنزلة المستحاضة . ه . قال الزرقاني [١٨٥/١] : وقد علم إجماع أهل المدينة على إصابتها . ه .

٢ - واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بما دل عليه الكتاب والسنة : وذلك أن القرآن حرم إتيان الحائض قبل الطهر والتطهير بقوله تعالى : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين » . / البقرة : ٢٢٢ / .

ودلت السنة على أن الحائض لا تصلي ، لأنها غير طاهر ، حيث قال ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش رضي الله عنها ، وكانت تستحاض : (إنما ذلك عرق وليس بالحیضة ، فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة ، فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي) . [البخاري : ٦٤/١ ، ومسلم : ٢٦٢/١]

فدل ذلك على أن التي لا تحل لها الصلاة لا يحل لزوجها إتيانها ، فإذا طهرت وتطهرت وحلت لها الصلاة حل لزوجها أن يصيها .

ولما دلت السنة على أن المستحاضة تصلي ، دل ذلك على أنها طاهر ، إذ لا تحل الصلاة لغير طاهر ، وبالتالي : دل ذلك على أن لزوج المستحاضة أن يصيها ، لأنها طاهر .

قال في الأم [٥٠/١] : فلما أمر الله تعالى باعتزال الحيض ، وأباحهن بعد الطهر والتطهير ، ودلت السنة على أن المستحاضة تصلي ، دل ذلك على أن لزوج المستحاضة إصابتها - إن شاء الله تعالى - لأن الله أمر باعتزالهن وهن غير طواهر ، وأباح أن يؤتين طواهر .

٣ - واحتج الحنفية بقوله ﷺ : (توضئي وصلي وإن قطر الدم على الحصى) [أبو داود : ٦٢/١ ، ابن ماجه : ٢٠٤/١] . وجه الاحتجاج به : أن المسلمين أجمعوا على وجوب الصلاة على المستحاضة ، وهذا يوجب وجوب الصوم وحل الوط بطريق الأولى . لأنه لما جعل الدم عدماً في حق الصلاة ، مع المنافاة الثابتة

بينهما ، لكونه منافيا لشرطها^(١) ، فلأن يجعل عدما في حق الصوم والوطة اللذين لا منافاة بينهما وبينه أولى • [الهداية وشروحها : ١ / ١٢٢]

٤ - وحجة الرواية الأولى عن أحمد رحمه الله تعالى :

ما روى أبو داود [١ / ٧٤ ، ٦٤ ، ٦٧] :

عن عكرمة عن حمنة بنت جحش : أنها كانت مستحاضة وكان زوجها يجامعها . وكذلك روى عن أم حبيبة أنها كانت تستحاض وكان زوجها يغشاها • أي يجامعها . وأن حمنة كانت تحت طلحة ، وأم حبيبة تحت عبد الرحمن بن عوف ، وقد سألتا رسول الله ﷺ عن أحكام المستحاضة • فلو كان الوطء حراما لبينه لهما •

وحجة الرواية الثانية :

أ - ما روى الخلال بإسناده عن عائشة رضي الله عنها قالت : المستحاضة لا يغشاها زوجها • وقول الصحابي حجة عند أحمد رحمه الله تعالى •

ب - القياس على الحائض : ويانه أن الله تعالى منع وطء الحائض معللا بالأذى حيث قال تعالى : « قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض » / البقرة : ٢٢٢ / • فذكر الله تعالى الأمر بالاعتزال مقترنا بفاء التعقيب بعد ذكر الأذى ، وهذا يفيد التعليل • والحكم إذا ذكر مع وصف يقتضيه ويصلح له علل به ، والأذى يصلح أن يكون علة للاعتزال فيعمل به ، وهو موجود في المستحاضة ، فيثبت التحريم في حقها • وإنما يباح عند خوف الوقوع في المحرم للضرورة • [المغني : ١ / ٢٤٦]

المسألة الثالثة : تشية الأذان وإفراد الإقامة :

اتفق الأئمة على أن ألفاظ الأذان متنى متنى ، وإنما اختلفوا في الإقامة •

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى أنها لاتثنى •

قال مالك في الموطأ [١ / ٧١] : فأما الإقامة فإنها لاتثنى •

(١) وهو الوضوء مما خرج من السبيلين •

وذكر الشافعي في الأم حكاية الأذان عن أبي محذورة مشى ، والإقامة فرادى ،
ثم قال [الأم : ٧٣/١] : والأذان والإقامة كما حكيت عن آل أبي محذورة ، فمن
نقص منها شيئاً أو قدم أو أخر أعاد حتى يأتي بما نقص ، وكل شيء منه في موضعه .
وقال النووي في المنهاج [١٣٦/١] : والإقامة فرادى إلا لفظ الإقامة .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٩٤/١] : وإنما اختلفوا في الإقامة : فذهب مالك
والشافعي وأحمد إلى أنها لا تشئ .

٢ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إلى أن الإقامة تشئ كالأذان .

قال في بداية المبتدي [١٦٩/١] : والإقامة مثل الأذان ، إلا أنه يريد فيها
بعد الفلاح : قد قامت الصلاة ، مرتين .

الأدلة :

١ - حجة القائلين بالافراد :

أما مالك رحمه الله تعالى : فحجته إجماع أهل المدينة . جاء في الموطأ [٧١/١] :
سئل مالك عن تشية الأذان والإقامة ؟ فقال : لم يبلغني في النداء والإقامة
إلا ما أدركت الناس عليه . فاما الإقامة فإنها لا تشئ ، وذلك الذي لم يزل عليه أهل
العلم ببلدنا .

وأما غير مالك فاحتجوا :

أ - بحديث أنس رضي الله عنه : أمر بلال أن يشفع الأذان ، ويوتر الإقامة
إلا الإقامة . [البخاري : ١٤٨/١]

ب - بما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال : إنما كان الأذان
على عهد رسول الله ﷺ مرتين مرتين ، والإقامة مرة مرة ، إلا أنه يقول : قد قامت
الصلاة ، قد قامت الصلاة . [النسائي : ٣/٢ ، بلفظ : مشئ مشئ]

ج - ما ذكره ابن خزيمة من أن الصحيح : ما رواه محمد بن عبد الله بن زيد
عن أبيه ، في حديث الأذان : ثم استأخر غير كثير ، ثم قال مثل ما قال ، وجعلها وتراً .

قالوا : وهذه زيادة بيان يجب الأخذ بها ، وتقديم العمل بهذه الرواية المشروحة (١) .

٢ - حجة الحنفية :

ما رواه أبو داود [١١٩/١ - ١٢١] عن ابن أبي ليلى عن معاذ رضي الله عنه قال : أحييت الصلاة ثلاثة أحوال (وساق نصر - يعني ابن المهاجر - الحديث بطوله وسمى صاحب الرؤيا) قال : فجاء عبد الله بن زيد - رجل من الأنصار - إلى أن قال : فاستقبل القبلة - يعني الملك - ، قال : الله أكبر الله أكبر . إلى آخر الأذان ، ثم أمهل هنية ، ثم قام فقال مثلها : إلا أنه قال : زاد - بعد ما قال حي على الفلاح - قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة .

ذكر ابن الهمام هذه الرواية ثم قال : وتقدم أن ابن أبي ليلى لم يدرك معاذاً ، وهو مع ذلك حجة عندنا . ثم ساق أدلة أخرى مشابهة وقال : وقد قال الطحاوي : تواترت الآثار عن بلال : أنه كان يشني الإقامة حتى مات . [فتح القدير : ١٦٩/١]

المسألة الرابعة : القراءة خلف الإمام :

اختلف الأئمة في قراءة المأموم :

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يستحب له أن يقرأ فيما لا يجهر فيه الإمام ، ويترك القراءة فيما يجهر فيه . قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١/٥٧] : إن مالكا يستحسن له القراءة فيما أسرفه الإمام (٢) .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة ، سرية كانت الصلاة أم جهرية . فإذا كانت سرية ، أو كان المأموم بعيدا بحيث لا يسمع قراءة الإمام ، يسن له أن يقرأ سورة بعد الفاتحة في الركعة الأولى والثانية .

(١) انظر : مفني المحتاج : ١٣٦/١ ، والمفني لابن قدامة : ٢٩٤/١ .

(٢) انظر الموطأ : ٨٦/١ ، الزرقاني : ٢٦٠/١ - ٢٦٤ .

قال النووي في المنهاج [١٥٦/١] : وتعين الفاتحة في كل ركعة إلا ركعة مسبوق . قال الخطيب الشيريني في شرح المنهاج بعد قول النووي : للمنفرد وغيره ، سرية كانت الصلاة أو جهرية ، فرضاً أو نفلاً . وقال : ولا سورة للمأموم بل يستمع ، فإن بعد ، أو كانت سرية ، قرأ في الأصح .

٣ - وذهب الحنفية إلى خلاف ما ذهب إليه الشافعي فقالوا : لا يقرأ المأموم بشيء ، لا بالفاتحة ولا غيرها ، بعد أو قرب ، وسواء كانت الصلاة سرية أم جهرية . قال في شرح العناية على الهداية [٢٣٨/١] : ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام ، سواء كان في الصلاة الجهرية أو غيرها .

٤ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى : إلى استحباب القراءة للمأموم فيما لا يجهر فيه ، وفي سكتات الإمام ، وفيما إذا كان بعيداً لا يسمع قراءة الإمام .

قال ابن قدامة في المغني [٤٠٣/١ - ٤٠٦] : إن المأموم إذا كان يسمع قراءة الإمام لم تجب عليه القراءة ، ولا تستحب عند إمامنا . وقال : الاستحباب أن يقرأ في سكتات الإمام وفيما لا يجهر فيه . وقال : قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى : في الإمام يقرأ وهو لا يسمع : يقرأ . قيل له : أليس قد قال الله تعالى : « إذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا » / الأعراف : ٢٠٤ / ؟ فقال : هذا إلى أي شيء يستمع ؟ فإذا لم يقرأ فصلاته تامة .

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى أنه الأمر في المدينة . فقد جاء في الموطأ [٨٦/١] : قال يحيى : سمعت مالكا يقول : الأمر عندنا أن يقرأ الرجل وراء الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة ، ويترك القراءة فيما يجهر فيه الإمام بالقراءة . هـ .

ذكر ذلك مالك رحمه الله تعالى بعد ما ذكره عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سئل : هل يقرأ أحد خلف الإمام ؟ قال : إذا صلى أحدكم خلف الإمام فحسبه قراءة الإمام ، وإذا صلى وحده فليقرأ . قال مالك : وكان عبد الله بن عمر لا يقرأ خلف الإمام . [انظر الزرقاني : ٢٦٣/١]

وهكذا نجد أن مالكا رحمه الله قد خالف ابن عمر رضي الله عنهما في هذه المسألة لعمل أهل المدينة على خلافه ، عملا بمذهبه من تقديم العمل على الأثر .

٢ - وحجة الشافعية [مغني المحتاج : ١٦١/١ - ١٦٢] :

أ - قوله ﷺ : (لا صلاة لمن لا يقرأ بفاتحة الكتاب) .

[البخاري : ١٨٢/١ ومسلم : ٢٩٥/١]

وعند ابن حبان [زوائد : ١٢٦] : (لا تجزئ صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب) .

ب - بفعله ﷺ كما في صحيح مسلم [٢٩٧/١ ، ٣٣٣] مع خبر البخاري

[١٠٧/٩] : (صلوا كما رأيتموني أصلي) .

ج - قوله تعالى : « وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون »

/ الأعراف : ٢٠٤ / مع قوله ﷺ : (إذا كنتم خلفي فلا تقرأوا إلا بأمر القرآن) .

[زوائد ابن حبان : ١٢٦ النسائي : ١٤١/٢]

٣ - وحجة الحنفية [الهداية وشروحها : ٢٣٨/١ - ٢٤١] :

أ - قوله ﷺ : (من كان له إمام فقرأه الإمام له قراءة) [ابن ماجه : ٢٧٧/١]

ذكر ابن الهمام في الفتح أن أحمد بن منيع رواه في مسنده عن جابر رضي الله عنه .

ب - وقالوا : القراءة ركن مشترك بين الإمام والمأموم ، لكن حظ المقتدي

الإنصات والاستماع ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (وإذا قرأ الإمام فأنصتوا)

[ابن ماجه : ٢٧٦/١]

ج - وقالوا : على هذا إجماع الصحابة رضي الله عنهم . وذكر في الفتح

روايات متعددة وأدلة أخرى وناقش المخالفين .

٤ - واحتج الحنابلة [المغني : ٤٠٣/١ - ٤٠٦] :

أ - بقوله تعالى : « وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون »

/ الأعراف : ٢٠٤ / (١) .

(١) انظر تفسير القرطبي : ٣٥٣/٧ .

قال أحمد في رواية أبي داود : أجمع الناس على أن هذه الآية في الصلاة .
وقال زيد بن أسلم وأبو العالية : كانوا يقرؤون خلف الإمام فنزلت : « وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون » . قالوا : وهو نص عام ، فيتناول في عمومها الصلاة .

ب — بما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (إنما جعل الإمام ليؤتم به ، فإذا كبر فكبروا ، وإذا قرأ فأنصتوا) .
[البخاري : ١٧٧/١ ومسلم : ٣٠٨/١]

وبما روى مالك : عن ابن شهاب عن ابن أكيمة الليثي ، عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي ﷺ انصرف من صلاة فقال : (هل قرأ معي أحد منكم ؟ فقال رجل : نعم يا رسول الله ، قال : مالي أنازع القرآن ؟ فأنتهى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما جهر فيه من الصلوات حين سمعوا من رسول الله ﷺ) . أخرجه مالك في الموطأ وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن . [انظر الزرقاني : ١/٣٦٤]
ورواه الدارقطني [٣٣٣/١] بلفظ آخر قال : (صلى رسول الله ﷺ صلاة ، فلما قضاهما قال : هل قرأ أحد منكم بشيء من القرآن ؟ فقال رجل من القوم : أنا يا رسول الله . فقال : فإني أقول : مالي أنازع القرآن ؟ . إذا أسررت بقراءتي فاقروا ، وإذا جهرت بقراءتي فلا يقرآن معي أحد)^(١) .

ج — الإجماع : قال أحمد : ما سمعنا أحداً من أهل الإسلام يقول : إن الإمام إذا جهر بالقراءة لا تجزئ صلاة من خلفه إذا لم يقرأ .

د — أقوال الصحابة وعلمهم :

كان ابن مسعود وابن عمر وهشام بن عامر يقرؤون وراء الإمام فيما أسر به .
وقال ابن الزبير : إذا جهر فلا تقرأ ، وإذا خافت فاقرا .

وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن : للإمام سكتان فاغتنموا فيهما القراءة بفاتحة الكتاب : إذا دخل في الصلاة ، وإذا قال : « ولا الضالين » .

(١) قال الدارقطني : تفرد به زكريا الوقار ، وهو منكر الحديث متروك .

هـ - قالوا : عموم الأخبار يقتضي القراءة في حق كل مصل ، فخصصناه بما ذكرناه من الأدلة ، وهي مختصة بحالة الجهر ، وفيما عداه يبقى على العموم .
وتخصيص حالة الجهر بامتناع الناس من القراءة فيها يدل على أنهم كانوا يقرؤون في غيرها .

المسألة الخامسة : تكبيرات الزوائد في صلاة العيدين :

اختلف العلماء في عدد تكبيرات صلاة العيدين على أقوال ثلاثة :

١ - ذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أنه يكبر في الأولى ست تكبيرات ما عدا تكبيرات الإحرام قبل القراءة ، وفي الثانية خمس تكبيرات ما عدا تكبيرة النهوض وقبل القراءة أيضاً . وذكر ذلك مالك في الموطأ [١٨٠ / ١] .

وقال ابن قدامة المقدسي في المغني [٢٨٢ / ٢] : قال أبو عبد الله (يعني أحمد) : يكبر في الأولى سبعا مع تكبيرة الإحرام ولا يعتد بتكبيرة الركوع لأن بينهما قراءة ، ويكبر في الركعة الثانية خمس تكبيرات ، ولا يعتد بتكبيرة النهوض ، ثم يقرأ في الثانية ، ثم يكبر ويركع .

٢ - وذهب الشافعي إلى مثل ما ذهب إليه ، ولكنه قال : يكبر في الأولى سبعا ما عدا تكبيرة الإحرام .

قال في الأم [٢٠٩ / ١] : وإذا ابتدأ الإمام صلاة العيدين كبر للدخول في الصلاة ، ثم افتتح كما يفتح في المكتوبة ، فقال : وجهت وجهي ، وما بعدها ، ثم كبر سبعا ليس فيها تكبيرة الافتتاح ، ثم قرأ وركع وسجد ، فإذا قام في الثانية قام بتكبيرة القيام ، ثم كبر خمسا سوى تكبيرة القيام ، ثم قرأ وركع وسجد كما وصفت .

٣ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إلى أن الزوائد ثلاث تكبيرات في الأولى قبل القراءة ، وثلاث في الثانية بعد القراءة .

قال في بداية المبتدي [٤٢٥ / ١] : ويصلي الإمام بالناس ركعتين : يكبر في الأولى للافتتاح وثلاثا بعدها ، ثم يقرأ الفاتحة وسورة ، ويكبر تكبيرة يركع بها ، ثم يتنهد في الركعة الثانية بالقراءة ، ثم يكبر ثلاثا بعدها ، ويكبر رابعة ويركع .

الأدلة :

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢١٠/١] : وإنما صار الجميع إلى الأخذ بأقوال الصحابة في هذه المسألة ، لأنه لم يثبت فيها عن النبي ﷺ شيء ، ومعلوم أن فعل الصحابة في ذلك توقيف ، إذ لا مدخل للقياس في ذلك • اهـ •

هذا ، ولقد ذهب كل من الأئمة إلى قول من الأقوال المنقولة عن الصحابة لمعنى رجه عنده على سائر الأقوال • وإليك ما استدلوأ به والمرجح لدى كل منهم :
١ - أما مالك رحمه الله تعالى فقد أخذ بقول أبي هريرة رضي الله عنه ، والمرجح عنده في هذا عمل أهل المدينة •

جاء في الموطأ [١٨٠/١] : مالك عن نافع مولى عبد الله بن عمر أنه قال : شهدت الأضحى والفطر مع أبي هريرة ، فكبر في الركعة الأولى سبع تكبيرات قبل القراءة ، وفي الآخرة خمس تكبيرات قبل القراءة • قال مالك : وهو الأمر عندنا • هـ
قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢١٠/١] : ويشبه أن يكون مالك إنما أصاره أن يعد تكبيرة الإحرام في السبع ، ويعد تكبيرة القيام زائداً على الخمس المروية ، أن العمل ألفاه على ذلك ، فكأنه عنده وجه من الجمع بين الأثر والعمل • اهـ •
[انظر الزرقاني : ١١٩/٢]

٢ - ولعل المرجح عند أحمد رحمه الله تعالى : أن أبا هريرة وعائشة رضي الله عنهما رفعاً إلى النبي ﷺ أنه كبر في الفطر والأضحى سبعاً وخمساً سوى تكبیرتي الركوع • رواه أبو داود [٢٦٢/١] وابن ماجه • [المغني : ٢٨٢/٢] •

٣ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى أن ما ذهب إليه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ، والمرجح له : أنه تأول في السبع أنه ليس فيها تكبيرة الإحرام ، كما أنه ليس في الخمس تكبيرة القيام • فلقد ذكر في الأم [٢٠٩/١] آثاراً متعددة عن عديد من الصحابة ، منها الأثر الذي ذكره مالك عن نافع مولى ابن عمر ، وكلها تذكر أنهم كانوا يكبرون في الأولى سبعاً وفي الثانية خمساً • ثم ذكر الصورة التي ذهب إليها ، ثم قال :

والأحاديث كلها تدل عليه ، لأنهم يشبهون أن يكونوا إنما حكموا من تكبيره ما أدخل في صلاة العيدين من التكبير مما ليس في الصلاة غيره ، وكما لم يدخلوا التكبيرة التي قام بها في الركعة الثانية مع الخمس ، كذلك يشبه أن يكونوا لم يدخلوا تكبيرة الافتتاح في الأولى مع السبع ، بل هو أولى أن لا يدخل مع السبع ، لأنه لم يدخل الصلاة إلا بها ، ثم يقول : وجهت وجهي ، ولو ترك التكبيرة التي يقوم بها لم تفسد صلاته • هـ

وقد علم أن الشافعي رحمه الله تعالى يختار من أقاويل الصحابة ما كان أشبه بالقياس •

٤ - وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فقد اعتمد في ذلك قول ابن مسعود رضي الله عنه ، فقد ثبت أنه كان يعلمهم - في الكوفة - صلاة العيدين على الصفة التي اختارها الحنفية • قال في الهداية [١/٢٥٠] : وهذا قول ابن مسعود ، وهو قولنا • اهـ •

والمرجح له عند الحنفية [الهداية وشروحها : ١/٢٥٠ - ٢٦٦] :

أ - أن التكبير ورفع الأيدي في الصلاة خلاف المعهود ، فكان الأخذ بالأقل أولى •

ب - التكبير من أعلام الدين ، ولذلك يجهر به ، فكان الأصل فيه الجمع : ففي الركعة الأولى يجب إلحاق التكبيرات بتكبيرة الافتتاح ، لقوتها من حيث الفرضية والسبق ، وفي الثانية لم يوجد إلا تكبيرة الركوع فوجب الضم إليها •

ج - قالوا : ما قاله ابن مسعود أثر صحيح قاله بحضرة جماعة من الصحابة ، ومثل هذا يحمل على الرفع ، لأنه مثل نقل أعداد الركعات •

المسألة السادسة : أقل ما يجزئ في صلاة الوتر :

اختلف الأئمة في ذلك :

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أن أدنى الوتر ثلاث • قال في الموطأ [١/١٢٥] : ولكن أدنى الوتر ثلاث •

٢ - وذهب الحنفية رحمهم الله تعالى : إلى أن الوتر ثلاث ركعات • قال في بداية المبتدي [٣٠٣/١] : الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهم بسلام •

٣ - وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أن أقل ما يجزىء في الوتر ركعة •

قال الريس [الأم : ١٢٣/١] : سألت الشافعي عن الوتر ، أيجوز أن يوتر الرجل بواحدة ليس قبلها شيء ؟ فقال : نعم ، والذي أختار أن أصلي عشر ركعات ثم أوتر بواحدة •

وقال في المغني [١١٠/٢] : وقال أحمد : إذا نذهب في الوتر إلى ركعة ، وإن أوتر بثلاث أو أكثر فلا بأس •

الأدلة :

١ - أما مالك رحمه الله تعالى فحجته عمل أهل المدينة •

جاء في الموطأ [١٢٥/١] : أن عبد الله بن عمر كان يسلم بين الركعتين والركعة في الوتر ، حتى يأمر ببعض حاجته • وروى مالك عن ابن شهاب : أن سعد بن أبي وقاص كان يوتر بعد العتمة بواحدة • قال مالك : وليس على هذا العمل عندنا ، ولكن أدنى الوتر ثلاث • هـ

ويلاحظ هنا أن مالكا رحمه الله قد خالف سعدا وابن عمر رضي الله عنهم ، وهما من علماء المدينة •

وقد ذكر الزرقاني أن المذهب صحة الوتر بواحدة ، ولكنه مكروه وخلاف الأفضل ، قال : وإن كان خلاف ظاهر الموطأ • [الزرقاني على الموطأ : ١/٣٧٥-٣٨٤] •

٢ - وأما الحنفية فاحتجوا بما يلي :

أ - روى الحاكم في المستدرک [٣٠٤/١] وقال على شرطهما : عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث ، لا يسلم إلا في آخرهن •

وكذا روى النسائي [٢٣٥/٣] عنها قالت : كان النبي ﷺ لا يسلم في ركعتي الوتر •

ب - أخرج الحاكم : قيل للحسن : إن ابن عمر كان يسلم في الركعتين من الوتر ؟ فقال : كان عمر أفقه منه ، وكان ينهض في الثانية بالتكبير •

ج - في مصنف ابن أبي شيبة : حدثنا حفص ، حدثنا عمرو بن الحسن قال : اجتمع المسلمون على أن الوتر ثلاث ، لا يسلم إلا في آخرهن •

قال ابن الهمام : وعمرو هذا : الظاهر أنه ابن عبيد ، فإنه صرح به في إسناد آخر مثل هذا • [فتح القدير : ٣٠٣/١ - ٣٠٤]

٣ - وأما الشافعي رحمه الله تعالى فحجته ما رواه ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم عن النبي ﷺ •

قال في الأم [١٢٣/١] فقلت للشافعي : فما الحجة في أن الوتر يجوز بواحدة ؟ فقال : الحجة فيه السنة والآثار :

أخبرنا مالك عن نافع وعبد الله بن دينار عن ابن عمر : أن رسول الله ﷺ قال : صلاة الليل مثنى مثنى ، فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة توتر ما قد صلى • أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة : أن النبي ﷺ كان يصلي بالليل إحدى عشرة ركعة ، يوتر منها بواحدة •

قال : وروي مثل ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعثمان ومعاوية رضي الله عنهم (١) •

٤ - وأما الحنابلة : فاحتجوا بما احتج به الشافعي رحمه الله تعالى ، وأن ذلك مروي أيضاً عن زيد وابن عباس رضي الله عنهم • [المغني : ١١٠/٢]

المسألة السابعة : قضاء فائتة السفر :

اختلف الأئمة في المسافر تفوته الصلاة في السفر فيصلحها وهو مقيم • هل يصلحها صلاة سفر أو صلاة حضر ؟ •

(١) ويورد الشافعي هنا مناقشته للمالكية في كراهيتهم الوتر بواحدة •

١ - ذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه يقضيها صلاة مسافر . قال في الموطأ [١٢/١] : من أدرك الوقت وهو في سفر فأخر الصلاة ساهياً أو ناسياً حتى قدم وقد ذهب الوقت ، فليصل صلاة المسافر ، لأنه إنما يقضي مثل الذي كان عليه .

وقال صاحب الهداية [٤٠٥/١] : ومن فاتته صلاة السفر قضاها في الحضر ركعتين .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى - في الأظهر عنه - وأحمد رحمه الله تعالى : إلى أن الواجب عليه أن يصلحها صلاة المقيم ، لا يجزئه غير ذلك .

قال في الأم [١٦١/١] : وإذا رقد رجل عن صلاة في سفر ، أو نسيها ، فذكرها في الحضر ، صلاها صلاة حضر ، ولا تجزيه عندي إلا هي .

وقال النووي [المنهاج : ٢٦٣/١] : ولو قضى فائتة السفر فالأظهر قصره في السفر دون الحضر .

وقال الخرقى [المغني : ٢٠٨/٢] : وإذا نسي صلاة حضر فذكرها في السفر ، أو صلاة سفر فذكرها في الحضر ، صلى في الحالتين صلاة حضر . قال ابن قدامة : نص أحمد رحمه الله تعالى على هاتين المسألتين في رواية أبي داود والأثرم : أما المقيم إذا ذكرها في السفر فذاك بالإجماع يصلي أربعاً ، وإذا نسيها في السفر فذكرها في الحضر صلى أربعاً بالاحتياط .

الأدلة :

أ - حجة مالك وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى :

أن القضاء بحسب الأداء ، ومن فاتته صلاة إنما يقضي مثل الذي كان عليه أدائه ، وهذا إنما وجبت عليه صلاة سفر أداءً ، فيصلحها كما وجبت عليه قضاءً .

وأيد هذا المعنى عند مالك رحمه الله تعالى أنه عمل أهل المدينة . قال في الموطأ [١٣/١] بعد ذكره قوله في ذلك : وهذا الأمر الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا . [انظر الهداية وشروحها : ٤٠٥/١] .

ب - وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى فحجتهما :

١ - أن القصر رخصة من رخص السفر ، فإذا زال السفر بطلت تلك الرخص ، لأن الحالة التي كان له فيها العمل بها قد زالت ، وذلك كالمسح ثلاثة أيام بلياليها ، فإنه من رخص السفر ، فإذا أقام ليس له ذلك ، وكذلك قصر الصلاة ، لأنه يتبدى صلاتها في حال ليس له فيها القصر •

٢ - أنها وجبت عليه في الحضر ، بدليل قوله ﷺ : (فليصلها إذا ذكرها) [أبو داود : ١٠٣ / ١] •

٣ - أنها عبادة تختلف بالحضر والسفر ، فإذا وجد أحد طرفيها في الحضر غلب فيها حكمه ، كما لو دخلت به السفينة البلد أثناء الصلاة •

المسألة الثامنة : القراءة في الصلاة على الجنازة :

اختلفوا في القراءة في الصلاة على الجنازة :

١ - ذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه ليس فيها قراءة ، وإنما هو الدعاء •

قال في بداية المجتهد [٢٢٧ / ١] نقلا عن مالك رحمه الله تعالى :

وإنما يحمد ويثني عليه بعد التكبيرة الأولى ، ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي ﷺ ، ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ، ثم يكبر الرابعة ويسلم •

وقال في بداية المبتدي [٤٥٩ / ١] : والصلاة أن يكبر تكبيرة يحمد عقيبها ، ثم يكبر تكبيرة يصلي فيها على النبي ﷺ ، ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين : ثم يكبر الرابعة ويسلم • وقال في تنوير الأبصار [٢١٣ / ٢] : ولا قراءة ، ولا تشهد فيها •

٢ - وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أن قراءة الفاتحة فيها واجبة بعد التكبيرة الأولى •

قال الشافعي [الأم : ٢٣٩ / ١] : يكبر أربعاً على الجناز ، يقرأ في الأولى بأم القرآن ، ثم يصلي على النبي ﷺ ، ويدعو للميت •

وقال ابن قدامة [المغني : ٣/٣٦٢] : إن قراءة الفاتحة واجبة في صلاة الجنازة ،
وقال : وجملة ذلك : أن سنة التكبير على الجنازة أربع ، لا تسن الزيادة عليها ، ولا
يجوز النقص منها • فيكبر الأولى ، ثم يستعيد ، ويقرأ الحمد يبدؤها بسم الله
الرحمن الرحيم ، ولا يسن الاستفتاح •

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى : عمل أهل المدينة الذي حكاه عن بلده
حيث قال في الموطأ [١/٢٢٨] : قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال •
٢ - وحجة الحنفية : العمل بقول الصحابي ، حيث لم يثبت القراءة عن
رسول الله ﷺ • وثبت عن ابن عمر وأبي هريرة وعلي وعمر ، رضي الله عنهم :
أنهم كانوا لا يقرؤون في الصلاة على الجنازة • قال ابن عابدين [٢/٢١٣] : ومذهبنا
قول عمر وابنه وأبي هريرة وعلي رضي الله عنهم •
[انظر الهداية وشروحها : ١/٤٥٩]

٣ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى : أن قراءة الفاتحة سنة رسول الله ﷺ
في صلاة الجنازة ، روى في الأم [١/٢٣٩ - ٢٤٠] عن طلحة بن عبد الله بن عوف
قال : صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ فيها بفاتحة الكتاب ، فلما سلم سألته
عن ذلك ، فقال : سنة وحق •

وروى عن سعيد بن أبي سعيد المقبري قال : سمعت ابن عباس يجهر بفاتحة
الكتاب على الجنازة ، وقال : إنما فعلت لتعلموا أنها سنة •

وروى عن أبي أمامة قال : السنة أن يقرأ على الجنازة بفاتحة الكتاب •

وروى أن الضحاك بن قيس قال مثل قول أبي أمامة •

قال الشافعي : وأصحاب النبي ﷺ لا يقولان : السنة والحق إلا لسنة
رسول الله ﷺ ، إن شاء الله تعالى • هـ

واحتج أيضاً بما رواه عن جابر بن عبد الله : أن النبي ﷺ كبر على الميت
أربعاً ، وقرأ بأم القرآن بعد التكبيرة الأولى • [انظر البخاري : ٢/١١٢] •

٤ - أما الحنابلة : فقد احتجوا بحديث ابن عباس رضي الله عنهما ، ومارواه الشافعي رحمه الله عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه •

وكذلك ما رواه ابن ماجه بإسناده [٤٧٩/١] عن أم شريك قالت : أمرنا رسول الله ﷺ أن نقرأ على الجنابة بفاتحة الكتاب •

واحتجوا أيضاً بأنها داخلة في عموم قوله ﷺ : (لا صلاة لمن لم يقرأ بأم الكتاب) • [البخاري : ١/١٨٢] •

وقالوا أيضاً : إنها صلاة يجب فيها القيام ، فوجبت فيها القراءة كسائر الصلوات • [المغني : ٢/٣٦٢] •

المسألة التاسعة : عزائم سجود التلاوة :

اختلف الأئمة في عدد سجود القرآن ، ومواضع السجود ، مع اتفاقهم على عدد من السجود ومواضعها •

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أن عدد السجود إحدى عشرة سجدة منها سجدة (ص) ، وليس منها في المفصل شيء ، ولا الثانية في الحج •

جاء في الموطأ [٢٠٥/١] : عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ، ليس منها في المفصل شيء •

وقال في الشرح الكبير [٣٠٨/١] : منها (ص) وليس منها الثانية في الحج •

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى - في الجديد - وأحمد رحمه الله تعالى - في المشهور عنه - إلى أنها أربع عشرة سجدة ، منها الثانية في الحج ، وثلاث منها في المفصل وهي : الانشقاق ، النجم ، اقرأ ، وليس منها سجدة (ص) وإنما هي سجدة شكر •

قال النووي في المنهاج [٢١٤/١] تسن سجود التلاوة ، وهن في الجديد أربع عشرة ، منها سجدتا الحج ، لا (ص) بل هي سجدة شكر ، تستحب في غير الصلاة ، وتحرم فيها على الأصح •

وقال ابن قدامة في المغني [٤٤١/١] : المشهور في المذهب أن عزائم سجود القرآن أربع عشرة سجدة •

٣ - وذهب الحنفية - على القول المعتمد - إلى ما ذهب إليه الشافعي وأحمد من أن عدد السجرات أربع عشرة سجدة ، ولكنهم أثبتوا منها سجدة (ص) ولم يثبتوا الثانية من الحج •

قال في بداية المتبدي [٣٨٠/١] : سجود التلاوة في القرآن أربع عشرة سجدة • قال في الهداية : وهو المعتمد • وقال في النتح : الاتفاق بيننا وبين الشافعي على أنها كذلك إلا أنه يجعل في الحج ثنتين ، ولا سجود في (ص) ، ونحن ثبت سجدة في (ص) وسجدة في الحج •

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى عمل أهل المدينة •

جاء في الموطأ [٢٠٥/١] قال مالك : الأمر عندنا أن عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ، ليس في المفصل منها شيء •

وهنا نجد مالكا رحمه الله تعالى يقدم عمل أهل المدينة على الحديث الوارد فيها ، والذي سيأتي في الأدلة ، لأنه اشتهر العمل بخلافه ، إذ يعتبر عنده أقوى ثبوتاً ، لدلالة شهرة العمل على نسخ الحديث •

جاء في الشرح الكبير [٣٠٨/١] بعد ذكره قول مالك رحمه الله ومواضع السجود التي يقول بها والتي يخالف فيها ، قال : تقديماً للعمل على الحديث ، لدلالته على نسخه • قال الدسوقي في الحاشية تعليقاً على قول الشارح : أي عمل أهل المدينة من ترك السجود في هذه المواضع الأربعة : (الثانية من الحج ، والنجم ، والانشقاق والقلم)^(١) على الحديث الدال على طلب السجود فيها ، وإنما قدم

(١) هكذا المذكور (القلم) والمراد - على ما يبدو - العلق •

العمل لدلالته على نسخ الحديث ، إذ لو كان باقياً من غير نسخ ما عدل أهل المدينة عن العمل به (١) .

٢ - حجة الذين أثبتوا السجود في المفصل (الانشقاق ، النجم ، اقرأ) :

١ - ما جاء في الأم [١٨٧/٧] في كتاب اختلاف مالك والشافعي :

سألت الشافعي عن السجود في « إذا السماء انشقت » . فقال : فيها سجدة ، فقلت : وما الحجة أن فيها سجدة ؟ .

قال الشافعي : أخبرنا مالك عن عبد الله بن يزيد ، مولى الأسود بن سفيان ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن : أن أبا هريرة قرأ لهم : « إذا السماء انشقت » ، فسجد فيها ، فلما انصرف أخبرهم أن رسول الله رسول الله ﷺ سجد فيها . [البخاري : ٥١/٢] .

٢ - ما روى مسلم [٤٠٦/١] وأبو داود [٣٣٥/١] وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سجدنا مع رسول الله ﷺ في « إذا السماء انشقت » ، « واقرأ باسم ربك » . [قال أبو داود : أسلم أبو هريرة سنة ست عام خبير ، وهذا السجود من رسول الله ﷺ وسلم آخر فعله] .

٣ - ما رواه الشافعي في الأم [١١٨/١ - ١١٩ ، ٦٧/٧] من سجود النبي ﷺ في النجم وتركه له ، ثم مناقشته لذلك :

أ - روى الشافعي بسنده : عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قرأ بالنجم فسجد ، وسجد الناس معه إلا رجلين .

ب - وروى أيضاً عن زيد بن ثابت رضي الله عنه : أنه قرأ عند رسول الله ﷺ بالنجم فلم يسجد فيها .

(١) ناقش الشافعي في كتاب اختلاف مالك والشافعي دعوى إجماع أهل المدينة في هذا ، وأثبت أنها لم تصح [الأم : ١٨٧/٧] .

قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذكره هذين الحديثين : وفي النجم سجدة •
 وقال : وإنما سجد رسول الله ﷺ في النجم لأن فيها سجوداً في حديث أبي هريرة •
 قال الشافعي : فإن قال قائل : فلعل أحد هذين الحديثين نسخ الآخر ؟ قيل :
 فلا يدعي أحد أن السجود في النجم منسوخ إلا جاز لغيره أن يدعي أن ترك
 السجود منسوخ والسجود ناسخ ، ثم يكون أولى ، لأن السنة السجود ، لقول الله
 « فاسجدوا لله واعبدوا » / النجم : ٦٢ / • ولا يقال لواحد من هذين ناسخ ولا
 منسوخ ولكن يقال : اختلاف من جهة المباح •

٤ — ما رواه أبو داود [٣٢٥/١] عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : أن
 رسول الله ﷺ قرأ سورة النجم فسجد فيها ، وما بقي أحد من القوم إلا سجد ،
 فأخذ رجل من القوم كفاً من حصى أو تراب فرفعه إلى وجهه وقال : يكفيني هذا ،
 قال عبد الله : فلقد رأيته بعد ذلك قتل كافراً •

[بدائع الصنائع : ٥١٧/٢ ، المغني : ٤٤١/١ — ٤٤٢ ، مغني المحتاج : ٢١٥/١]
 ٣ — حجة الشافعي وأحمد أن في الحج سجدتين ولا سجدة في (ص) :

أ — جاء في الأم [١١٧/١ — ١٢٢] : سألت الشافعي عن السجود في سورة
 الحج ؟ فقال : فيها سجدتان • فقلت : وما الحجة في ذلك ؟ فقال : أخبرنا مالك عن
 نافع : أن رجلاً من أهل مصر أخبره : أن عمر بن الخطاب سجد في سورة الحج
 سجدتين ثم قال : إن هذه السورة فضلت بسجدتين •

وقال الشافعي : أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر أنه سجد في سورة الحج
 سجدتين •

وجاء في الأم أيضاً : أخبرنا الربيع قال : أخبرنا الشافعي : هشيم عن أبي
 عبد الله الجعفي عن أبي عبد الرحمن السلمي عن علي رضي الله عنه قال : كان يسجد
 في الحج سجدتين • قال : وبهذا نقول ، وهو قول العامة قبلنا ^(١) • اهـ •

(١) وفي الام مناقشة للمالكية في مخالفتهم عمر وابنه رضي الله عنهما •

وظاهر هنا أن الشافعي رحمه الله تعالى اعتمد في هذه المسألة عمل الصحابة وقولهم . والظاهر أنه احتج به لأنه من قبيل العبادات ، كما قرر ذلك الجلال المحلي .

ب - روى ابن قدامة في المغني عن عدد من الصحابة رضي الله عنهم منهم : عمر وعلي وابن عمر وأبو الدرداء : أنهم كانوا يسجدونهما ، ثم قال : لم نعرف لهم مخالفاً في عصرهم ، فيكون إجماعاً ، وقد قال ابن إسحق : أدركت الناس منذ سبعين سنة يسجدون في الحج سجدتين .

وقال : قال ابن عمر رضي الله عنهما : لو كنت تاركاً إحداها تركت الأولى ، وذلك لأن الأولى إخبار والثانية أمر ، واتباع الأمر أولى .

وقال : وذكر الركوع^(١) لا يقتضي ترك السجود ، كما ذكر البكاء في قوله : « خروا سجداً وبكياً » / مريم : ٥٨ / وقوله « ويخرون للأذقان يكون » / الإسراء : ١٠٩ /

ج - وأما حجتهما في عدم السجود في (ص) ما رواه أبو داود [٣٢٥/١] عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : أن النبي ﷺ قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة (ص) فنزل وسجد ، فلما كان يوم آخر قرأها ، فتهيأ الناس للسجود فقال : (إنما هي توبة نبي ، ولكن رأيتم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت) . [المغني : ١/٤٤٢ - ٤٤٣ ، مغني المحتاج : ١/٢١٥]

٤ - حجة الخنفية في إثبات سجدة (ص) ونفي الثانية من الحج :

١ - ذكر ابن الهمام دليل الشافعي السابق في نفي سجدة (ص) ، وكذلك ما رواه النسائي [١٥٩/٢] أنه عليه الصلاة والسلام سجد في (ص) وقال : (سجدها نبي الله داود توبة ، ونسجدها شكراً) . ثم قال : غاية ما فيه أنه بين السبب في حق داود والسبب في حقنا ، وكونه الشكر لا ينافي الوجوب ، فكل الفرائض والواجبات إنما وجبت شكراً لتوالي النعم .

(١) أي في الآية موضوع الخلاف ، وهي قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » / الحج : ٧٧ / .

قال : وأخرج الإمام أحمد عن بكر بن عبد الله المزني عن أبي سعيد قال :
رأيت رؤيا وأنا أكتب سورة (ص) فلما بلغت السجدة رأيت الدواة والقلم وكل
شيء يحضرني انقلب ساجدا ، قال : فقصصتها على رسول الله ﷺ فلم يزل يسجد
بها • [انظر الفتح الرباني : ١٨٢ / ٤]

قال : فأفاد أن الأمر صار إلى المواظبة عليها كغيرها من غير ترك ، واستقر عليه
بعد أن كان قد لا يعزم عليها ، فظهر أن ما رواه — إن تمت دلالاته — كان قبل هذه
القصة •

٢ — قال المرغيناني في الهداية : والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا •
قال ابن الهمام في الفتح : لأنها مقرونة بالأمر بالركوع ، والمعهود في مثله من القرآن
كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالاستقراء ، نحو : « واسجدي واركعي مع
الراكعين » / آل عمران : ٤٣ / • ثم ضعف خبر : (فضلت سورة الحج بسجدة) •
[الهداية وشروحها : ١ / ٣٨٠ — ٣٨١]

المسألة العاشرة : نصاب الذهب في الزكاة :

اختلف العلماء في نصاب الذهب :

١ — اتفق الأئمة الأربعة : مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة رحمهم الله
تعالى : على أن الزكاة تجب في عشرين دينارا من غير اعتبار قيمتها •

قال مالك في الموطأ [٢٤٦ / ١] : وليس فيما دون عشرين دينارا عينا الزكاة •
[وانظر الزرقاني : ٣١٧ / ٢] •

وقال الشافعي في الأم [٣٤ / ٢] : ولا يكون على رجل زكاة في ذهب حتى يكون
عشرين دينارا في أول الحول وآخره •

وقال في المغني [٣٨ ، ٣٧ / ٣] : نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار
قيمتها • وقال : إذا تمت الفضة مائتين والدنانير عشرين فالواجب فيها ربع عشرها •

وقال في بداية المبتدي [٥٢٤ / ١] : ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب
صدقة ، فإذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال •

٢ - وقال الحسن بن أبي الحسن البصري وأكثر أصحاب داود بن علي :
ليس في الذهب شيء حتى يبلغ أربعين ديناراً ، ففيها ربع عشرها (١) .

٣ - وقال عطاء وطاوس والزهري وسليمان بن حرب وأيوب السختياني :
ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتي درهم أو قيمتها ، فإذا بلغت ففيها
ربع عشرها ، كان ذلك عشرين ديناراً أو أقل أو أكثر ، فإذا بلغت أربعين ديناراً
كان الاعتبار بها نفسها لا بالدرهم ، لا صرفاً ولا قيمة (١) .

الأدلة :

١ - أما مالك رحمه الله تعالى : فاعتمد في ذلك على عمل أهل المدينة . جاء
في الموطأ [٢٤٦/١] : قال مالك : السنة التي لا اختلاف فيها عندنا أن الزكاة تجب
في عشرين ديناراً عيناً ، كما تجب في مائتي درهم .

٢ - وأما الشافعي فحجته في ذلك الإجماع ، حيث قال في الأم [٣٤/٢] :
ولا أعلم اختلافاً في أن ليس في الذهب صدقة حتى يبلغ عشرين مثقالاً ، فإذا بلغت
عشرين مثقالاً ففيها الزكاة .

٣ - واحتج الحنفية والحنابلة :

أ - بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ :
(ليس فيما دون المائتين شيء ، ولا فيما دون عشرين مثقالاً من الذهب شيء ، وفي
المائتين خمسة دراهم ، وفي عشرين مثقالاً نصف مثقال) .

أخرجه أبو أحمد بن زنجويه في كتاب الأموال بسنده عن عمرو ، وكذلك رواه
أبو عبيد . [وأخرجه الدارقطني بروايات متعددة مع اختلاف في بعض الألفاظ : ٢/
٩٢ - ٩٣ وانظر سنن أبي داود : ١/ ٣٦٢] .

ب - ما روى ابن ماجه [٥٧١/١] والدارقطني [٩٢/٢] من حديث

(١) انظر المغني لابن قدامة ٣/ ٣٥ - ٣٨ ، بداية المجتهد : ١/ ٢٤٧ .

عائشة وابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ كان يأخذ من كل عشرين ديناراً نصف دينار ، ومن الأربعين ديناراً ديناراً .

ج - وما روى الأثرم عن علي رضي الله عنه : في كل أربعين ديناراً دينار ، وفي كل عشرين ديناراً نصف دينار .

د - قالوا : إن الذهب مال تجب الزكاة في عينه ، فلا يعتبر بغيره ، كسائر الأموال الزكوية . [انظر : المغني لابن قدامة : ٣/٣٧-٣٨ ، فتح القدير : ١/٥٢٤]

هـ - وأما الذين قالوا : إن النصاب أربعون ديناراً ، فحجتهم الاتفاق على وجوبها في الأربعين ، حيث إنهم لم يثبت عندهم في ذلك شيء عن النبي ﷺ كما ثبت في نصاب الفضة . [بداية المجتهد : ١/٢٤٧] .

و - وأما الذين جعلوا الزكاة في الذهب تبعاً للدرهم فيما دون الأربعين ديناراً فمعتمدهم في ذلك :

أ - أن الذهب والفضة عندهم من جنس واحد ، ولما كانت الفضة قد ثبت النص فيها جعلوها هي الأصل ، وجعلوا الذهب تابعاً لها في القيمة لا في الوزن . واعتبروا ذلك فيما دون موضع الاتفاق ، وهو ما كان دون الأربعين .

ب - ما قيل أيضاً من أن الرقعة اسم يتناول الذهب والفضة ، وجاء في بعض الآثار : (ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة) ^(١) [البخاري : ٢/١٣٣ ومسلم : ٢/٦٧٥] . فاعتبروا الذهب بالدرهم ، فإذا كانت لا يبلغ صرفها أو قيمتها خمس أواق فليس فيها زكاة . [بداية المجتهد : ١/٢٤٧]

المسألة الحادية عشرة : وجوب الزكاة في مال من عليه دين :

اختلف الأئمة فيمن ملك نصاباً وعليه دين يستغرق نصابه أو جزءاً منه ، هل يمنع دينه وجوب الزكاة عليه أو لا ؟

(١) الرقعة والورق : الفضة ، وتطلق الورق على الدراهم المضروبة خاصة .

١ - قال مالك رحمه الله تعالى : إذا كان عنده من العروض ما فيه وفاء دينه ، ولديه من الناض^(١) ما تجب فيه الزكاة ، فإنه يزكي ما بيده من الناض ، وإن لم يكن عنده من العروض والنقد إلا وفاء دينه ، أو كان يزيد عنده من النقد ما لا تجب فيه الزكاة ، فلا زكاة عليه . ذكر ذلك في الموطأ [٢٥٣/١ - ٢٥٤] .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة إذا ملك نصيباً وحال عليه الحال في يده ، سواء كانت عنده عروض تفي بدينه أو لم تكن ، وسواء كانت الأموال ظاهرة أو باطنة .

قال في الأم [٤٢/٢ - ٤٣] : فإذا كانت لرجل مائتا درهم ، وعليه دين مائتا درهم ، ففضى من المائتين شيئاً قبل حلول المائتين ، أو استعدى عليه السلطان قبل محل حول المائتين فقضاهما فلا زكاة عليه ، لأن الحال حال وليست مائتين . وإن لم يقض عليه بالمائتين إلا بعد حولها ، فعليه أن يخرج منها خمسة دراهم ، ثم يقضي عليه السلطان فيما بقي منها .

وقال : وهكذا هذا في الذهب والورق^(٢) والزرع والثمرة والماشية كلها : لا يجوز أن يخالف بينها بحال . وقال : وسواء كانت له عروض كثيرة تحمل دينه ، أو لم يكن له شيء غير المال الذي وجبت فيه الزكاة . وقال : الزكاة أبداً أولى من مال الغرماء ، لأنها أولى من ملك مالكها .

٣ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أن الدين يمنع وجوب الزكاة مطلقاً ، إلا أن يفضل عن وفاء دينه ما يبلغ نصيباً فيزكي الفاضل .

قال في بداية المبتدي [٤٨٦/١] : ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكاة عليه ، وإن كان ماله أكثر من دينه زكى الفاضل إذا بلغ نصيباً .

٤ - وذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى : إلى الفرق بين الأموال الباطنة والأموال الظاهرة ، فمنع وجوب الزكاة في الأموال الباطنة قولاً واحداً - إذا كان

(١) ما تحصل وتجمع من الأثمان .

(٢) انظر ص : ٤٦٨ حاشية : ١ .

الدين يستغرق النصاب أو ينقصه — وأما الظاهرة فالأظهر عنه أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة فيها ، إلا ما استدانه للإتفاق على الزرع والثمار خاصة ، فيؤديه منها ، ثم يزكي ما بقي من الزرع والثمار إذا بلغ نصاباً •

قال ابن قدامة في المغني [٦٧/٣ — ٦٨] : وإذا كان معه مائتا درهم ، وعليه دين ، فلا زكاة عليه • وجملة ذلك : أن الدين يمنع وجوب الزكاة في الأموال الباطنة رواية واحدة • وأما الأموال الظاهرة فعن أحمد روايتان أظهرهما : لا يمنع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة إلا في الزرع والثمار فيما استدانه للإتفاق عليها خاصة (١) •

الأدلة :

آ — حجة مالك رحمه الله تعالى فيما ذهب إليه عمل أهل المدينة •

جاء في الموطأ [٢٥٣/١ — ٢٥٤] : قال مالك : الأمر عندنا : في الرجل يكون عليه دين ، وعنده من العروض ما فيه وفاء لما عليه من الدين ، ويكون عنده من الناض سوى ذلك ما تجب فيه الزكاة ، فإنه يزكي ما بيده من ناض تجب فيه الزكاة ، وإن لم يكن عنده من العروض والنقد إلا وفاء دينه فلا زكاة عليه ، حتى يكون عنده من الناض فضل عن دينه ما تجب فيه الزكاة ، فعليه أن يزكيه •

ب — وحجة الشافعي رحمه الله تعالى :

١ — ما رواه مالك في الموطأ : أن عثمان بن عفان رضي الله عنه كان يقول : هذا شهر زكاتكم ، فمن كان عليه دين فليؤد دينه ، حتى تحصل أموالكم فتؤدون منه الزكاة •

وجه الاستدلال : أن عثمان رضي الله عنه قد أمر الناس أن من عليه دين فليؤده قبل أن يمضي الشهر ، فإذا مضى وجبت عليهم الزكاة فيما كان في أيديهم من مال •

(١) والأموال الباطنة هي : الأثمان وعروض التجارة ، والأموال الظاهرة هي : المواشي والحبوب والثمار •

قال الشافعي في الأم [٤٢/٢] بعد ذكره الحديث : وحديث عثمان يشبه — والله أعلم — أن يكون إنما أمر بقضاء الدين قبل حلول الصدقة في المال ، في قوله : هذا شهر زكاتكم ، يجوز أن يقول : هذا الشهر الذي إذا مضى حلت زكاتكم ، كما يقال : شهر ذي الحجة ، وإنما الحجة بعد مضي أيام منه •

٢ — أن الزكاة إذا وجبت في المال أصبحت ملكا لمن وجبت له ، وإن بقيت في يد صاحب المال ، وهي كالمال المستحق في يد من استحق منه وعليه دين : يؤخذ منه ما استحق منه ويقضي دينه مما بقي لديه ، وكذلك الزكاة تدفع إلى مستحقها ، فإن بقي لديه شيء وفي منه دينه •

قال في الأم [٤٣/٢] : وإذا أوجب الله عز وجل الزكاة في ماله فقد أخرج الزكاة من ماله إلى من جعلها له ، فلا يجوز عندي — والله أعلم — إلا أن يكون كمال كان في يده ، فاستحق بعضه ، فيعطى الذي استحقه ، ويقضي دينه من شيء إن بقي له •

٣ — أن الشارع الحكيم لم يفرق بين الأموال الباطنة والظاهرة في وجوب الزكاة إذا توفرت في كل منها شروط الوجوب من النصاب وغيره كما بينه الشارع الحكيم ، قال في الأم [٤٣/٢] : لا يجوز أن يخالف بينها بحال ، لأن كلا مما قد جاء عن رسول الله ﷺ أن في كله — إذا بلغ ما وصف ﷺ — الصدقة •

ج — وجهة الحنفية [فتح القدير : ٤٨٦/١] :

١ — أن السبب الموجب للزكاة هو النصاب الفارغ عن الشغل بالحاجة الأصلية ، والنصاب مع الدين مشغول بالحاجة الأصلية ، وهي هنا دفع المطالبة والملازمة والحبس في الحال ، ودفع المؤاخذه في المال ، إذ الدين حائل بينه وبين الجنة • وأي حاجة أعظم من هذه ؟ فصار النصاب هنا في حكم المعدوم ، وذلك قياسا على الماء المستحق للعطش : فإنه يجوز معه التيمم ويعتبر كالمعدوم • وكذلك ثياب البذلة : لا تجب فيها الزكاة وإن بلغت قيمتها نصابا • فذلك النصاب مع الدين يعتبر معدوما •

٢ - احتجوا بقول عثمان رضي الله عنه : هذا شهر زكاتكم ، فمن كان عليه دين فليؤد دينه حتى تخلص أمواله فيؤدي منها الزكاة . قالوا : قاله بمحضر من الصحابة من غير تكبر . وهو قول ابن عمر أيضا .

وجه استدلالهم : أن قوله : حتى تخلص أمواله فيؤدي منها الزكاة ، يدل على أنها إذا لم تخلص من الدين لا يؤدي منها الزكاة .

د - واحتج الحنابلة [المغني : ٣/ ٦٧ - ٦٨] :

١ - بحديث عثمان رضي الله عنه ، قالوا : وفي رواية : فمن كان عليه دين فليقض دينه وليترك بقية ماله . قال ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروه ، فدل على اتفاقهم عليه .

٢ - روى أصحاب مالك عن عمير بن عمران عن شجاع عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : (إذا كان لرجل ألف درهم ، وعليه ألف درهم ، فلا زكاة عليه) . قالوا : وهذا نص .

٣ - قالوا : إن النبي ﷺ قال : (أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها في فقرائكم)^(١) فدل على أنها إنما تجب على الأغنياء ولا تدفع إلا إلى الفقراء . وهذا ممن يحل له أخذ الزكاة ، فيكون فقيرا ، فلا تجب عليه الزكاة ، لأنها لا تجب إلا على الأغنياء للحديث السابق ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : (لا صدقة إلا عن ظهر غني)^(٢) .

٤ - الزكاة إنما وجبت مواساة للفقراء ، وشكرا لنعمة الغني من الأغنياء ، والمدين محتاج إلى المواساة كحاجة الفقير أو أشد ، لأنه محتاج إلى قضاء دينه ،

(١) في البخاري من حديث معاذ رضي الله عنه : (فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة ، تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم) . [١٣٠/ ٢ ، ١٥٨]

(٢) هذا اللفظ عنوان الباب في البخاري ، وفيه وفي غيره : (خير الصدقة ما كان عن ظهر غني) [صحيح البخاري : ١٣٩/ ٢ ، سنن أبي داود : ٣٨٩/ ١] وفي زوائد ابن حبان [ص ٢١٤] : (إنما الصدقة عن ظهر غني) .

وليس من الحكمة تعطيل حاجة المالك لسد حاجة غيره . وقد قال النبي ﷺ :
(ابدأ بنفسك ثم بمن تعول)^(١) . وكذلك لم يحصل له من نعمة الغنى ما يقتضي
الشكر بإخراج الزكاة ، ولذا لا يجب عليه إخراجها .

٥ - الفرق بين الأموال الظاهرة والباطنة : أن تعلق الزكاة بالظاهرة أكد
لظهورها وتعلق قلوب الفقراء بها ، ولهذا يشرع إرسال عمال يأخذون صدقاتها
من مالكيها ، وإذا جاء المصدق فوجد إبلا أو بقرا أو غنما لم يسأل : أي شيء من
الدين على صاحبها ؟ وليس المال الباطن هكذا .

٦ - وأما منعه فيما أنفق على الزرع والثمار خاصة فعلا بقول الصحابي .
فقد روى أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : يخرج ما استدان على
ثمرته ويؤتي ما بقي .

المسألة الثانية عشرة : زكاة الدين :

اختلف الأئمة : فيمن كان له دين على آخر ، وكان هذا الدين يبلغ نصابا ،
هل تجب فيه الزكاة ، ومتى تجب ، وكيف تؤدى ؟ .

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أن الزكاة تجب في الدين مطلقا ، ولم
يفرق بين موسر ومعسر ، ولكنه قال : لا يجب عليه أدائها حتى يقبض من الدين
ما يساوي نصابا أو ما يبلغ مع ما عنده من الناص^(٢) نصابا ، فإذا كان كذلك ،
فإنه يزكيه لسنة واحدة ، وإن بقي في ذمة الذي عليه سنين عدة .

قال في الموطأ [٢٥٣/١] : وإن أقام عند الذي هو عليه سنين ذوات عدد ،
ثم قبضه صاحبه ، لم تجب عليه إلا زكاة واحدة .

(١) في البخاري [١٣٩/٢] وغيره : (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى ، وابدأ
بمن تعول) . وفي النسائي [٦٩/٥] : (ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل
شيء عن أهلك فلدي قرابتك ، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا) .
أي في وجوه الخير كيف شئت .

(٢) ما تحصل وتجمع من الائمان .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى : أن الزكاة تجب في الدين إذا حال عليه الحول ، ثم إذا كان صاحب الدين يقدر على أخذه من المدين وجب عليه إخراج زكاته في الحال وإن لم يقبضه ، أما إذا كان لا يقدر على أخذه فلا يجب عليه إخراج زكاته حتى يقبضه ، فإذا قبضه أخرج منه زكاة ما مضى عليه من السنين .

قال في الأم [٤٣/٢] : وإذا كان لرجل على رجل دين ، فحال عليه حول ، ورب المال يقدر على أخذه منه ، بحضور رب الدين وملائته ، وأنه لا يجحده ، ولا يضطره إلى عدوى فعليه أن يأخذه منه أو زكاته . قال في مغني المحتاج [٧١/٣] : فيخرج زكاته في الحال وإن لم يقبضه .

وقال [الأم : ٤٣/٢] : وإن كان رب المال غائبا أو حاضرا لا يقدر على أخذه منه إلا بخوف أو بفلس له أن استعدي عليه - وكان الذي عليه الدين غائبا - حسب ما احتبس عنده حتى يمكنه أن يقبضه ، فإذا قبضه أدى زكاته لما مر عليه من السنين ، لا يسعه غير ذلك .

٣ - وذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى : إلى مثل ما ذهب إليه الشافعي من وجوب الزكاة في الدين إذا حال الحول ، وإنما قال : لا يجب عليه أداء الزكاة حتى يقبض الدين ، فإذا قبضه زكاه لما مضى من السنين . هذا إذا كان يقدر على أخذه ، أما إذا كان لا يقدر على أخذه ففيه روايتان : إحداهما لا تجب فيه الزكاة ، والأخرى تجب إذا قبضه ، ويؤديه لما مضى .

قال ابن قدامة [المغني : ٧٠/٣ - ٧١] : وجملته ذلك أن الدين على ضربين : - دين على معترف به باذل له ، فعلى صاحبه زكاته ، إلا أنه لا يلزمه إخراجها حتى يقبضه ، فيؤدي لما مضى .

- أن يكون على معسر أو جاحد أو مماطل به ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا تجب فيه زكاة .

والأخرى : يزكيه إذا قبضه لما مضى .

- ٤ - أما أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فالدين عندهم نوعان :
- دين لا يرجى حصوله ، وهو ما يسمى بالضمار^(١) : كأن يكون المدين منكرا له وليس للدائن بينة عليه ، فهذا النوع لا تجب فيه الزكاة في قولهم جميعا .
- قال في بداية المتدي : ومن له على آخر دين فجحدته سنين ثم قامت له بينة لم يركه لما مضى .
- دين يرجى حصوله : وهو الدين الذي يقربه المدين ، سواء كان موسرا أو معسرا ، أو لا يقربه المدين ولكن للدائن عليه فيه بينة ، أو كان القاضي على علم به ، فهذا تجب فيه الزكاة في قولهم جميعا أيضا^(٢) .

(١) في المصباح : مال ضمار - بالكسر - أي غائب لا يرجى عوده .

(٢) واختلف أبو حنيفة وأصحابه في كيفية الأداء :

فأبو حنيفة قسم الدين إلى ثلاثة أقسام :

١ - دين قوي : وهو بدل القرض ومال التجارة . فهذا تجب فيه الزكاة إذا كان نصابا وحال الحول ، ويتراخي الأداء إلى أن يقبض أربعين درهما ففيها درهم ، وكذا فيما زاد فبحسابه ، فإن بقيت سنين زكاه لما مضى .

٢ - متوسط : وهو بدل مال لو بقي عنده حولا لم تجب فيه الزكاة ، وهو كل مال ليس للتجارة ، كثمن ثياب البذلة وعبد الخدمة ورد السكنى وثمن السائمة . وهذا لا تجب فيه الزكاة ما لم يقبض نصابا ، وتعتبر لما مضى من الحول في صحيح الرواية .

٣ - ضعيف : وهو بدل ماليس بمال ، ووجب وملك لا بدلا عن شيء : كالمهر والوصية وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والدية وبدل الكتابة والسعاية . وهذا لا تجب فيه الزكاة ما لم يقبض نصابا ويحول عليه الحول بعد القبض .

وأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فقالا :

←

قال في الهداية : ولو كان الدين على مقر مليء أو معسر تجب الزكاة ، وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة أو علم به القاضي .
[الهداية وشروحها : ١/ ٤٨٩ - ٤٩١]

الأدلة :

١ - أما الإمام مالك رحمه الله تعالى : فحجته فيما ذهب إليه إجماع أهل المدينة . جاء في الموطأ [١/ ٢٥٣ - ٢٥٤] : قال مالك : الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا في الدين : أن صاحبه لا يزكيه حتى يقبضه ، وإن أقام عند الذي هو عليه سنين ذوات عدد ، ثم قبضه صاحبه ، لم تجب عليه إلا زكاة واحدة ، فإن قبض منه شيئاً لا تجب فيه الزكاة فإنه : إن كان له مال سوى الذي قبض تجب فيه الزكاة ، فإنه يزكى مع ما قبض من دينه ذلك ، وإن لم يكن له ناض غير الذي اقتضى من دينه ، وكان الذي اقتضى من دينه لا تجب فيه الزكاة ، فلا زكاة عليه فيه ، ولكن ليحفظ عدد ما اقتضى ، فإن اقتضى بعد ذلك عدد ما تتم به الزكاة مع ما قبض قبل ذلك فعليه فيه الزكاة .

٢ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى السنة والقياس :

أ - أما السنة : فهي أن رسول الله ﷺ سن وجوب الزكاة في المال إذا بلغ نصاباً وحال عليه الحول ، فإذا كان المال فيه زكاة فهو كما سن رسول الله ﷺ ، ولا يجوز لأحد أن يسن خلافه ، والدين نصاب حال عليه الحول ، فتجب فيه الزكاة كما سن رسول الله ﷺ .

الديون كلها سواء ، تجب الزكاة قبل القبض ، وكلما قبض شيئاً زكاه ، قل أو كثر ، إلا دين الكتابة والسعاية - وفي رواية : الدية قبل الحكم بها - وأرض الجراحة ، لأنه ليس بدين على الحقيقة . وإذا بقيت هذه الديون أكثر من سنة زكاهها عند القبض لما مضى من السنين . [انظر الهداية : وشروحها : ١/ ٤٨٩ - ٤٩١ ، تحفة الفقهاء : ١/ ٤٥٦ - ٤٦٢] [الكتابة : أن يتعاقد السيد مع العبد على مبلغ من المال يؤديه على أقساط ، فإذا أداه أصبح حراً . السعاية : أن يطلب من العبد الذي صار بعضه حراً أن يعمل ليكسب قيمة باقيه] .

قال في الأم : [٤٣/٢] : وإذا سن رسول الله ﷺ الزكاة في الحول ، لم يجز أن يجعل زكاة ماله إلا في حول ، لأن المال لا يعدو :

— أن يكون فيه زكاة ، ولا يكون إلا كما سن رسول الله ﷺ •

— أولاً يكون فيه زكاة ، فيكون كالمال المستفاد •

ب — وأما القياس : فهو أن الدين كالوديعة والتجارة الغائبة ، بجامع أن كلاهما مال غائب عنه وليس في يده ، ولا خلاف أن الوديعة ومال التجارة الغائبة تجب فيهما الزكاة إذا بلغت نصاباً وحال عليه الحول ، فكذاك الدين إذا بلغ نصاباً وحال عليه الحول وجبت فيه الزكاة •

قال في الأم [٤٣/٢] : وإذا كان الدين لرجل غائباً عنه ، فهو كما تكون التجارة له غائبة عنه ، والوديعة ، وفي كل زكاة • اهـ •

وأما التفريق بين المقدور عليه وغيره في إخراج الزكاة في الحال أو حتى يقبضه : فلأن الأول يقدر على أخذه والتصرف فيه ، فلزمه إخراج زكاته في الحال كالوديعة ، وأما الثاني فلا يقدر على أخذه والتصرف فيه فيؤخر حتى يقدر •

٣ — واحتج الحنابلة للنوع الأول ، وهو ما يقدر على أخذه :

— أنه دين ثابت في الذمة ، فلم يلزمه الإخراج عنه قبل قبضه ، كما لو كان على معسر •

— لأن الزكاة تجب على طريق المواساة ، وليس من المواساة أن يخرج زكاة مال لا ينتفع به •

— يزكيه لما مضى لأنه مملوك له يقدر على الانتفاع به ، فلزمته زكاته كسائر أمواله • [المغني : ٧٠/٣ - ٧١]

وللنوع الثاني :

— فعلى رواية أنه لا تجب فيه زكاة • قالوا : لأنه غير مقدور على الانتفاع به ، فأشبهه مال المكاتب •

ـ وعلى رواية أنها تجب ، قالوا : لأنه مال مملوك يجوز التصرف فيه ، فوجبت زكاته لما مضى كالدين على الميء ، ولأن هذا المال في جميع الأحوال على حال واحدة ، فوجب أن يتساوى في وجوب الزكاة أو سقوطها كسائر الأموال .
[المرجع السابق]

٤ ـ وحجة الحنفية : فيما لا يرجى حصوله :

أ ـ قول علي رضي الله عنه : لا زكاة في المال الضمار . والمال الضمار هو الغائب الذي لا يرجى ، وقيل : هو غير المنتفع به ، والدين المجحود ، ولا يئنه عليه هو غائب لا يرجى ، أو هو غير منتفع به ، فلا زكاة عليه .

ب ـ أن السبب في وجوب الزكاة هو المال النامي تحقيقاً أو تقديرأ ، ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف ، ولا قدرة على التصرف في هذا النوع من المال .

ـ وأما ما يرجى حصوله : فالحجة في وجوب الزكاة فيه : أنه مال يمكن الوصول إليه : ابتداء كما إذا كان المدين موسراً ، أو بواسطة التحصيل منه كما في بقية الحالات المذكورة . [الهداية وشروحها : ١/ ٤٨٩ - ٤٩١]

المسألة الثالثة عشرة : ما لا زكاة فيه من الزروع والثمار :

اختلف الأئمة فيما تجب فيه الزكاة من الزروع والثمار :

١ ـ ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه لا زكاة في كل ما يعتبر فاكهة أو كان من الخضراوات ^(١) .

(١) ذكر في الشرح الكبير الأصناف التي تجب فيها الزكاة عند المالكية وهي :

١ ـ القطني السبعة : الخمض ، الفول ، اللوباء ، العدس ، الترمس ، الجلبان ، البسيلة : وهي نوع من النبت تطبخ بزوره .

٢ ـ القمح ، السلت ، الشعير ، الذرة ، الدخن ، الأرز ، العلس . [السلت : نوع من الشعير ليس له قشر . الدخن : نبات عشبي حبه صغير أملس كحب السمسم . العلس : نوع من الحنطة يكون في القشرة حبتان] .

٣ ـ ذوات الزيوت الأربع : الزيتون ، السمسم ، القرطم ، حب الفجل الأحمر . [القرطم : حب العصفور] . الشرح الكبير : ١/ ٤٨٧ مع الحاشية .

ذكر في الموطأ [٢٧٦/١] : أنه ليس في شيء من الفواكه صدقة . وقال : ولا في القصب ولا في البقول كلها صدقة .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أنه لا زكاة في زرع أو ثمر إلا أن يكون من زرع الآدميين ، وكان مما يدخر ويقتات به ، لا ما كان آدمياً أو فاكهة أو دواء .

قال في الأم [٢٩/٢ - ٣٠] : ولا يؤخذ من شيء من الشجر غير النخل والعنب ، وكذلك لا يؤخذ من الكرسف^(١) ، ولا أعلمها تجب في الزيتون لأنه آدم لا مأكولاً بنفسه ، وسواء الجوز فيها واللوز وغيره مما يكون آدمياً أو يبيس ويدخر ، لأن كل هذا فاكهة ، لا أنه كان بالحجاز قوتاً لأحد علمناه .

وقال ولا يؤخذ في شيء من الثفاء^(١) ولا الأسبيوش^(١) لأن الأكثر من هذا أنه ينبت للدواء ، ولا مما في معناه من حبوب الأدوية ، ولا من حبوب البقل ، لأنها كالفاكهة ، وكذلك الثفاء والبطيخ وجبه لا زكاة فيه كالفاكهة .

قال : ولا يؤخذ من حب العصفور ولا بزر الفجل ولا بزر بقل ولا سمسم .

وقال : ولا صدقة في بصل ولا ثوم ، لأن هذا لا يؤكل إلا إضراراً أو آدمياً .

٣ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إلى وجوب الزكاة في كل ما أنبتته الأرض إلا الحطب والقصب والحشيش ، وخالفه في ذلك صاحبان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، فقالا : لا زكاة إلا فيما له ثمرة باقية من الزروع والثمار .

قال في بداية المبتدي [٣/٢] : قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر ، سواء سقي سيجاً أو سقته السماء ، إلا الحطب والقصب والحشيش ، وقالوا : لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق .

(١) الكرسف : القطن . الثفاء : حب الخردل . الأسبيوش : البزرقطونا .

قال في شرح العناية : وحد البقاء أن يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة ، وليس في الخضراوات كالفواكه والبقول عشر عندهما ، فالبقول ليست بشمرة ، والفواكه لابقاء لها سنة إلا بمعالجة كثيرة •

٤ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان :

إحداهما : أن الزكاة لا تجب إلا في الحنطة والشعير من الزروع ، والتمر والزبيب من الثمار •

قال ابن قدامة : وحكي عن أحمد أن الزكاة لا تجب إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب •

والرواية الثانية : أن الزكاة تجب في كل ما يكال مما يبس ويبقى من الزروع والثمار •

جاء في المغني [٣/٣ - ٤] : أن الزكاة تجب فيما جمع هذه الأوصاف : الكيل والبقاء واليبس ، من الحبوب مما ينبت الآدميون إذا نبت في أرضه ، وتجب أيضاً فيما جمع هذه الأوصاف من الثمار : كالتمر والزبيب والمشمش واللوز والفسق والبنديق ، ولا زكاة في سائر الفواكه ولا في الخضر •

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى : إجماع أهل المدينة •

جاء في الموطأ [٢٧٦/١] : السنة التي لا اختلاف فيها عندنا ، والذي سمعت من أهل العلم : أنه ليس في شيء من الفواكه كلها صدقة : الرمان والفرسك^(١) والتين ، وما أشبه ذلك وما لم يشبهه ، إذا كان من الفواكه •

قال : ولا في القضب^(٢) ولا في البقول كلها صدقة ، ولا في أثمانها إذا بيعت صدقة حتى يحول على أثمانها الحول من يوم بيعها ، ويقبض صاحبها ثمنها •

(١) الفرسك : الخوخ أو نوع منه أحمر أو أجرد .

(٢) كل نبت يقطع ويؤكل طرياً .

٢ - أما الشافعي رحمه الله تعالى : فحجته السماع والقياس :

أ - أما السماع : فما ذكره من أن النبي ﷺ أخذ الزكاة من النخل والعنب • وكذلك ما رواه من أنه ﷺ أخذ الصدقة من الحنطة والشعير والذرة •

ب - أما القياس : فهو أن هذه الأشياء التي ثبت أن النبي ﷺ أخذ منها الصدقة قد جمعت أوصافاً أربعة وهي : أنها من زرع وغرس الناس ، ومما يبس ويدخر ويقتات ، فإنه قال بعد ذكره أخذ النبي ﷺ الزكاة من النخل والعنب : فكانا قوتاً • وقال بعد روايته أخذه ﷺ الصدقة من الحنطة والشعير والذرة : وهكذا كل ما وصفت يزرعه الآدميون ويقتاتونه • فقياس رحمه الله تعالى ما لم ينص عليه من الزروع والثمار على ما نص عليه ، فما جمع هذه الأوصاف أوجب فيه الزكاة ، وما لم يجمع هذه الأوصاف لم يوجبها فيه • قال رحمه الله تعالى : ما جمع أن يزرعه الآدميون ويبس ويدخر ويقتات مأكولاً : خبزاً أو سويقاً أو طيبخاً ففيه الصدقة •

وقال : فيؤخذ من العلس وهو حنطة ، والدخن والسلت والقطنية كلها : حمصها وعدسها وفولها ودخنها ، لأن كل هذا يؤكل خبزاً وسويقاً وطيبخاً وتزرعه الآدميون • [الأم : ٢٩/٢]

٣ - حجة الحنفية [الهداية وشروحها : ٣/٢ - ٤ ، تحفة الفقهاء : ١/٤٩٦] :

أما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فاحتج بالسمع والمعقول :

أ - أما السمع : فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض » / البقرة : ٢٦٧ / وقوله ﷺ : (ما أخرجت الأرض ففيه العشر) ^(١) •

وجه الاستدلال بالآية والحديث : أن كلاهما عام لم يخص جنساً دون آخر ، ولم يفصل بين قليل أو كثير ، ولذلك يجب عنده العشر في القليل والكثير •

(١) قال في نصب الراية [٢/٣٨٤] : غريب بهذا اللفظ ، وبمعناه ما أخرجه البخاري [٢/١٥٦] : (فيما سقت السماء . . . الخ) •

ب - وأما المعقول : فهو أن السبب في الوجوب هو الأرض النامية تقديراً : كما في وجوب الخراج ، يجب ويؤخذ بمجرد التمكن من الزراعة وإن لم يزرع ، أو تحقيقاً : بالنسبة إلى العشر ، ولذا لا يجب إذا لم يزرع ، فإذا كان سبب وجوب العشر هو الأرض النامية ، فإنها قد تستمى بما لا يبقى * والقول بأن العشر لا يجب فيما لا يبقى يستلزم أن يوجد السبب - وهو الخارج - بلا شيء ، وذلك إخلاء للسبب عن الحكم في موضع يحتاط فيه في إثبات ذلك الحكم ، وهو لا يجوز .

وأما صاحبان فحجتهم :

أ - قوله ﷺ : (ليس في الخضراوات صدقة) .

[الدارقطني : ٩٥/٢ ، وانظر نصب الراية : ٣٨٦/٢]

وجه الاستدلال بالحديث : أن النبي ﷺ نهي الصدقة عن الخضراوات ، وليست الصدقة منفية بالاتفاق ، فتعين نفي وجوب العشر فيها .

ب - ما روى سفيان الثوري عن عمرو بن عثمان عن موسى بن طلحة قال : عندنا كتاب معاذ بن جبل عن النبي ﷺ أنه إنما أخذ الصدقة من الحنطة والشعير والزبيب والتمر . [الحاكم : ٤٠١/١ ، البيهقي : ١٢٨/٤] وهذا ظاهره حصر الأخذ فيما ذكر .

هذا ولقد حمل أبو حنيفة رحمه الله تعالى حديث : (ليس في الخضراوات صدقة) على صدقة يأخذها العاشر . وذلك فيما إذا مر العاشر على صاحبها وأراد أن يأخذ الواجب فيها - على رأيه - وأبى المالك أن يدفع القيمة وأراد العاشر أن يأخذ من عينها فإنه لا يأخذ عنده ، لأنه لو أخذها وبعث بها إلى المستحقين ربما فسدت قبل الوصول إليهم ، ولذلك لا يأخذها العاشر ، وإنما يؤديها المالك بنفسه .

٤ - حجة الخابلة [المغني : ٣/٣ - ٥] :

حجة الرواية الأولى عن أحمد رحمه الله تعالى : ما رواه موسى بن طلحة عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إنما سن رسول الله ﷺ الزكاة في هذه الأربعة : الحنطة والشعير والزبيب . [الدارقطني : ٩٦/٢] وغير هذه الأربعة لأنص

فيها ولا إجماع ، ولا هي في معناها في غلبة الاقتنيات بها وكثرة نفعها ووجودها ، فلا يصح قياسها عليها ولا إلحاقها بها ، فتبقى على الأصل من عدم وجوب شيء فيها .

وحجة الرواية الثانية :

أ - عموم قوله ﷺ : (فيما سقت السماء العشر) [البخاري : ١٥٦/٢ ، أبو داود : ٣٧٠/١] مع قوله لمعاذ رضي الله عنه : (خذ الحب من الحب) .
[أبو داود : ٣٧٠/١] فإنه يقتضي وجوب الزكاة في جميع ما تناوله اللفظ مما يخرج من الأرض من حب وغيره ، فخرج منه ما لا يكال مما ليس بحب ^(١) بمفهوم قوله ﷺ : (ليس في حب ولا ثمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق) [مسلم : ٦٧٤/٢ ، النسائي : ٤٠/٥] فدل هذا الحديث على انتفاء الزكاة مما لا توسيق فيه ، والتوسيق كيل ، فملا كيل فيه لازكاة فيه ، فيبقى فيما هو مكيل على العموم ، فتجب فيه الزكاة .

ب - ما روي عن علي رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : (ليس في الخضراوات صدقة) . والصدقة هي الزكاة .
[انظر الترمذي : أبواب الزكاة ، باب ماجاء في زكاة الخضراوات]

ج - ما رواه الأثرم بإسناده : أن عامل عمر رضي الله عنه كتب إليه في كروم فيها من الفرسك والرمان ماهو أكثر غلة من الكروم أضعافاً . فكتب عمر رضي الله عنه : إنه ليس عليها عشر ، هي من العضاه ^(٢) .

(١) الحبوب التي تجب فيها الزكاة عندهم هي :

- ما كان قوتاً : كالحنطة والشعير والملت والأرز والذرة والدخن .
- القطنيات : كالباقلي والعدس والماش والحمص .
- الأبازير : كالكسفرة ، والكمون والكرويا .
- البزور : كبزر الكتان والقش والخيار .

- حب البقول : كالرشاد وحب الفجل والقرطم والترمس والسهم وسائر الحبوب . [الملت : نوع من الشعير ليس له قشر . الدخن : نبات عشبي حبه أملس صغير كحب السهم . الكسفرة : نبت معروف له حب صغير مدرج . القرطم : حب العصفور] . [المغني : ٣/٣ - ٤]

(٢) الفرسك : الخوخ أو ما يشبهه . العضاه : كل شجر له شوك .

المسألة الرابعة عشرة : ما يجب في تجارة أهل الذمة :

اختلف الفقهاء فيما يجب في أموال أهل الذمة التي يتجرون بها إلى بلاد المسلمين ، وهل يجب ذلك عليهم بنفس التجارة أو لا يجب إلا بالشرط والصلح ؟

١ - فذهب مالك وأحمد وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى أن الواجب عليهم يجب بنفس التجارة ، وإن لم يشترط عليهم ولم يصالحوها عليه .

ولكن هؤلاء اختلفوا في القدر الواجب والحول والنصاب :

فمالك قال : يؤخذ منهم العشر في أموالهم ، إلا ما يجلبونه إلى المدينة خاصة من الحنطة والزيت ، فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ، ولم يشترط في ذلك حولا ولا نصاباً .

قال في الموطأ [٢٨٠/١] : فمن خرج منهم من بلاده إلى غيرها يتجر إليها فعليه العشر . وقال وإن اختلفوا في العام الواحد مراراً في بلاد المسلمين فعليهم كلما اختلفوا العشر . اهـ . [اختلفوا : ترددوا وجاءوا] .

٢ - وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إنما يجب عليهم نصف العشر ، واشترط في ذلك النصاب والحول ، ولم يفرق بين المدينة وغيرها .

قال في بداية المبتدي [٥٣٢/١ - ٥٣٣] : ويؤخذ من المسلم ربع العشر ، ومن الذمي نصف العشر .

وقال : ما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي . قال ابن الهمام : فتراعى تلك الشرائط من الحول والنصاب والفراغ من الدين وكونه للتجارة . اهـ .

٣ - وذهب أحمد رحمه الله تعالى إلى مثل ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى : من وجوب نصف العشر ، واشترط الحول والنصاب .

قال في المغني : ومن يجز من أهل الذمة إلى غير بلده أخذ منه نصف العشر في السنة ، وقال : ولا تؤخذ منهم في السنة إلا مرة ، نص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه . اهـ .

واختلفت الرواية عنه في مقدار النصاب ، ففي رواية صالح : عشرون ديناراً ،
فإذا نقصت عن العشرين فليس عليه شيء .

وفي رواية : أن في العشرة نصف مثقال وليس فيما دون العشرة شيء .

قال في المغني : نص على هذا في رواية أبي الحارث قال : قلت : إذا كان مع
الذمي عشرة دنائير ؟ قال : تأخذ منه نصف دينار . قلت : فإن كان معه أقل من
عشرة دنائير ؟ قال : إذا نقصت لم يؤخذ منه شيء . [المغني : ٣٤٧/٩ - ٣٤٩]

٤ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه لا يجب عليهم بنفس التجارة
شيء : لا عشر ، ولا نصف عشر ، وإنما يجب عليهم ماصولحوا عليه ، أو اشترط
عليهم ، وليس في ذلك شيء محدود ، والأفضل أن يزيد عما شارط عليه عمر رضي
الله عنه ، وهو نصف العشر ، وأن لا ينقص عن ذلك .

وأما إذا لم يشترط عليهم ، ولم يعترفوا أنهم صالحوا على شيء ، فليس لأحد
منهم أن يختلفوا في بلدان المسلمين للتجارة أو أن يجبرهم على الصلح ، إلا
الحجاز ومكة .

أما مكة : فإنهم لا يؤذن لهم بالدخول بحال ، صالحوا على شيء أم لم يصلحوا .
وأما الحجاز : فإنهم يخبرون بين الصلح وعدم الإتيان إليها .

قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم [١٢٤/٤] : ولا أحب أن يدع الوالي
أحداً من أهل الذمة في صلح إلا مكشوفاً مشهوداً عليه ، وأحب أن يسأل أهل
الذمة عما صالحوا عليه مما يؤخذ منهم إذا اختلفوا في بلاد المسلمين . فإن أنكرت
منهم طائفة أن تكون صالحت على شيء يؤخذ منها سوى الجزية لم يلزمها ما أنكرت ،
وعرض عليها إحدى خصلتين :

أن لا تأتي الحجاز بحال ، أو تأتي الحجاز على أنها متى أتت الحجاز أخذ منها
ما صالحها عليه عمر وزيادة إن رضيت به . قال : وإن عرضوا عليه أقل منه لم أحب
أن يقبله ، وإن قبله لخله بالمسلمين رجوت أن يسعه ذلك .

قال : ويجتهد أن يجعل هذا عليهم في كل بلد انتابوه ، فإن منعوا منه في البلدان فلا يبين لي أن له أن يمنعهم بلداً غير الحجاز ، ولا يأخذ من أموالهم وإن تجروا في بلد غير الحجاز شيئاً ، ولا يحل أن يؤذن لهم في مكة بحال (١) .

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى أن ما ذهب إليه من وجوب العشر مطلقاً هو الذي كان عليه العمل في المدينة .

قال في الموطأ [٢٨٠/١] : ووضعت الجزية على أهل الكتاب صغاراً لهم ، فهم ما كانوا ببلددهم الذين صالحوا عليه ليس عليهم شيء سوى الجزية في شيء من أموالهم ، إلا أن يتجروا في بلاد المسلمين ، ويختلفوا فيها ، فيؤخذ منهم العشر فيما يديرون من التجارات .

وقال : وإن اختلفوا في العام الواحد مراراً في بلاد المسلمين فعليهم كلما اختلفوا العشر ، لأن ذلك ليس مما صالحوا عليه ولا مما شرط لهم . قال : وهذا الذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا . هـ

وأما تفريقه بين الحجاز وغيره فحجته في ذلك ما رواه الموطأ [٢٨١/١] عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب كان يأخذ من النبط من الحنطة والزيت (وفي رواية الزبيب) نصف العشر . يريد أن يكسر الحمل إلى المدينة ، ويأخذ من القطنية العشر (٢) .

٢ - حجة الحنفية والحنابلة في وجوب نصف العشر واشتراط الحول والنصاب :

أ - قول النبي ﷺ (ليس على المسلمين عشور ، إنما العشور على اليهود والنصارى) [أبو داود : ١٥١/٢] .

(١) لخلة المسلمين : لحاجتهم . انتابوه : رجعوا إليه .

(٢) اختلفوا : ترددوا وجأوا . النبط : حبل من الناس كان يسكن سواد العراق . القطنية : ما يدخر من الحبوب ويقيم زماناً في البيوت .

وهذا يدل على وجوب العشر عليهم وإن لم يصلحوا عليه •

ب - ما اشتهر عن عمر رضي الله عنه ، وصحت به الرواية عنه ، ومنه :

— روى الإمام أحمد عن سفيان عن هشام عن أنس بن سيرين قال : بعثني أنس بن مالك إلى العشور ، فقلت تبعني إلى العشور من بين عمالك ؟ قال : أما ترضى أن أجعلك على ما جعلني عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ؟ أمرني أن آخذ من المسلمين ربع العشر ، ومن أهل الذمة نصف العشر • وهذا كان بالعراق •

— ما روى الشيخ أبو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه نصب العشار فقال لهم : خذوا من المسلم ربع العشر ، ومن الذمي نصف العشر ، ومن الحربي العشر •

— ما رواه أبو عبيد عن زياد بن حدير : أن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقاً ، فأمره أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر ، ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر • وكان ذلك بالعراق •

— ما روى أبو عبيد أيضاً في كتاب الأموال بإسناده عن لاحق بن حميد أن عمر رضي الله عنه بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة ، فجعل على أهل الذمة — في أموالهم التي يختلفون فيها — في كل عشرين درهماً درهماً •

قالوا : وهذه قصص اشتهرت عن عمر رضي الله عنه ، وكانت بمحضر الصحابة ولم يخالفه أحد فيها ولم ينكر عليه ، فكانت إجماعاً على وجوب نصف العشر في مال الذمي المتاجر به • وبهذا عمل الخلفاء من بعده رضي الله عنهم •

وقالوا : لم يأت تخصيص الحجاز بنصف العشر في شيء من الأحاديث علمناه ، ولا عن عمر ولا عن غيره من أصحاب النبي ﷺ ، بل ظاهر أحاديثهم أن ذلك في غير الحجاز •

وكذلك ما وجب من مال الحجاز وجب في غيره كالديون والصدقات •

— وأما حجتهم في اشتراط الحول : فما رواه الإمام أحمد بإسناده قال : جاء رجل نصراني إلى عمر رضي الله عنه فقال : إن عاملك عشرين في السنة مرتين ،

قال : ومن أنت ؟ قال : أنا الشيخ النصراني ، فقال عمر رضي الله عنه : وأنا الشيخ الحنيف ، ثم كتب إلى عامله أن لا تعشروا في السنة إلا مرة • وهذا صريح في اشتراط الحول •

ودعموا هذا بأن العشر في معنى الزكاة أو الجزية ، وكل منها إنما تؤخذ في السنة مرة واحدة ، فكذلك هذا •

— وأما حجتهم في اشتراط النصاب : فحديث عمر رضي الله عنه ، وفيه : أنه بعث مصدقاً ، وأمره أن يأخذ من المسلمين من كل أربعين درهماً درهماً ، ومن أهل الذمة من كل عشرين درهماً درهماً ، ومن أهل الحرب من كل عشرة واحداً •

وجه الاستدلال : أن ذلك لا يؤخذ من المسلم إلا إذا كان يملك نصاباً ، فكذلك لا يؤخذ من غيره ممن ذكر معه إلا إذا كان يملك النصاب •

وقالوا أيضاً : هذا في معنى الزكاة ، لأن ما يؤخذ من الذمي ضعف ما يؤخذ من زكاة المسلم ، والتضعيف للشيء لا يتحقق إلا إذا كان ، وإلا كان تبديلاً له • وإذا كان كذلك فما دون النصاب لا تجب فيه زكاة على مسلم ولا على تغلبي ، فلا يجب فيه شيء على ذمي أيضاً •

وكذلك الواجب عشر أو نصف عشر وجب بالشرع ، فاعتبر له نصاب ، كزكاة الزرع والتمر • [فتح القدير : ١/ ٥٣٢ — ٥٣٣ ، المغني : ٩/ ٣٤٧ — ٣٤٩] •

هـ — وحجة الحنابلة في أن النصاب عشرة دنانير : أن العشرة مال يبلغ واجبه نصف دينار ، فوجب فيه كالعشرين في حق المسلم ، وكذلك : هو مال معشور فوجب في العشرة منه ، كمال الحربي • [المغني : ٩/ ٣٤٩] •

٣ — وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فحجته أن عمر رضي الله عنه إنما أخذ منهم ما أخذ عن رضا منهم ، وشرط بينه وبينهم كشرط الجزية •

قال في الأم [١٢٥/٤] : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يأخذ من النبط^(١) من الحنطة

(١) جيل من الناس كان يسكن سواد العراق ، ويطلق على عوام الناس وأخلاقهم •

والزيت نصف العشر ، يريد بذلك أن يكثر الحمل إلى المدينة ، ويأخذ من القطنية العشر .

وقال : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أنه قال : كنت عاملاً مع عبد الله بن عتبة على سوق المدينة في زمان عمر بن الخطاب ، فكان يأخذ من النبط العشر .

قال الشافعي رحمه الله تعالى : لعل السائب حكى أمر عمر أن يأخذ من النبط العشر في القطنية ، كما حكى سالم عن أبيه عن عمر ، فلا يكونان مختلفين . أو يكون السائب حكى العشر في وقت ، فيكون أخذ منهم مرة في الحنطة والزيت عشراً ، ومرة نصف العشر ، ولعله كله بصلح يحدثه في وقت برضاه ورضاهم .

وقال : لست أحسب عمر أخذ ما أخذ من النبط إلا عن شرط بينه وبينهم كشرط الجزية ، أما أن يكون الزمهموه بغير رضا منهم فلا أحسبه . هـ

وتفريقه بين الحجاز وغيرها لأن رسول الله ﷺ أجلى أهل الذمة عنها ، وعمر رضي الله عنه سمح أن يدخله أهل الذمة على ما صالحهم عليه للتجارة ، وليس في إجلائهم أمر يبين أنه يحرم أن تأتي أهل الذمة الحجاز متابة (١) .

والظاهر أن الشافعي رحمه الله تعالى اعتمد مذهب عمر رضي الله عنه — بهذا المعنى الذي قاله — لأنه يعضده ماله من شبه بشرط الجزية كما أشار إليه .

المسألة الخامسة عشرة : متى يقطع الحاج التلبية ؟ :

اختلف الأئمة في ذلك :

١ — قال مالك رحمه الله تعالى : يقطع التلبية إذا زاغت الشمس من يوم عرفه . ذكر ذلك في الموطأ [٣٣٨ / ١] .

٢ — وذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى أن المحرم بالحج لا يزال يلبي حتى يرمي جمرة العقبة بأول حصاة .

(١) الام : ١٢٤ / ٤ . متابة : أي ترجع إليه مرة بعد أخرى . [المصباح المنير]

قال في بداية المتدي [١٦٧/٢] : ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة • قال في شرح العناية : يعني يستديم ذلك إلى أن يرمي أول حصاة من جمرة العقبة •

وقال الشافعي في الأم [١٨٦/٢] : ويلبي حتى يرمي جمرة العقبة بأول حصاة، ثم يقطع التلبية •

وقال : الخرقى [المغني : ٣/٣٨٣] : ويقطع التلبية عند ابتداء الرمي •

الأدلة :

١ — أما مالك رحمه الله تعالى فقد أخذ بقول علي رضي الله عنه ، لأنه هو المعمول به في المدينة • جاء في الموطأ [٣٣٨/١] : وحدثني عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه : أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان يلبي في الحج ، حتى إذا زاغت الشمس من يوم عرفة قطع التلبية • قال يحيى : قال مالك : وذلك الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا • ويلاحظ أن مالكا رحمه الله تعالى ترك الحديث الصحيح الثابت — الذي سيأتي في دليل غيره من الأئمة — لاشتغال العمل بخلافه • [انظر الزرقاني : ٥٦/٣] •

وأما الأئمة الثلاثة فقد احتجوا :

١ — بما أخرجه الستة في كتبهم [البخاري : ٢/٢٠٤ ، وأبو داود : ٤٤٣/١] عن الفضل بن العباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة ، وكان رديفه يومئذ • أي راكباً خلفه • ووجه الاستدلال بالحديث أنه أعلم بحاله من غيره لقربه منه •

وفي رواية أنه ﷺ كان يكبر مع كل حصاة • وفيه دليل على أنه لم يكن يلبي أثناء الرمي ، وأنه قطع التلبية عند أول حصاة •

٢ — القياس على التكبير في الصلاة ، بجامع أن كلا منهما ذكر مفعول في افتتاح العبادة ويتكرر في أثناءها ، فكما أن التكبير في الصلاة يبقى إلى آخرها فكذلك التلبية تبقى إلى آخر جزء من الإحرام ، وذلك إنما يكون عند الرمي • وقيل كان

القياس أن يبقى إلى ما بعد الرمي ، إلا أن القياس ترك فيما بعد الرمي بالإجماع ،
فيبقى فيما قبله على أصل القياس ^(١) .

المسألة السادسة عشرة : خيار المجلس ومتى يلزم البيع :

اختلف الأئمة في إثبات خيار المجلس للمتبايعين ، وبالتالي في وقت لزوم البيع :

١ - ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى القول بخيار المجلس ،
وأن البيع لا يلزم بعد الإيجاب والقبول مادام المتبايعان في مقامهما الذي عقدا فيه
عقد البيع ، ولكل واحد منهما أن يفسخ العقد ولو بعد القبول ما لم يتفرقا بأبدانهما ،
فإذا تفرقا لزم البيع ، وليس لأحد منهما فسخه بعد التفرق .

قال الشافعي في الأم : [٣/٣] : وكل متبايعين في سلف إلى أجل أو دين أو
عين أو صرف أو غيره : تباعا وتراضيا ولم يتفرقا عن مقامهما أو مجلسهما الذي
تباعا فيه ، فلكل واحد منهما فسخ البيع . وإنما يجب على كل واحد منهما البيع ،
حتى لا يكون له رده إلا بخيار أو شرط أو ما وصفت ، إذا تباعا فيه وتراضيا وتفرقا
بعد البيع عن مقامهما الذي تباعا فيه ، أو كان بيعهما عن خيار ^(٢) ، فإن البيع
يجب بالتفرق والخيار .

(١) الأم : ١٨٦/٢ - ١٨٧ . الهداية وشروحها : ١٦٧/٢ - ١٦٨ . المغني : ٣/

٣٨٣ .

(٢) بيع الخيار عند الشافعي رحمه الله تعالى : أن يقول أحدهما للآخر ، بعد
ما تم الإيجاب والقبول ، وقبل التفرق : اختر : إن شئت فذع وإن شئت فخذ ، فإذا
أخذ لزم البيع وقام الخيار مقام التفرق بالأبدان . قال في الأم : واحتمل قول رسول
الله ﷺ (إلا بيع الخيار) معنيين أظهرهما عند أهل العلم باللسان وأولاهما بمعنى
السنة والاستدلال بها والقياس : أن رسول الله ﷺ إذ جعل الخيار للمتبايعين .
فالتبايعان اللذان عقدا البيع حتى يتفرقا إلا بيع الخيار ، فإن الخيار إذا كان لا ينقطع
بعد عقد البيع في السنة حتى يتفرقا وتفرقهما هو أن يتفرقا عن مقامهما الذي تباعا
فيه - كان بالتفرق أو بالتخيير . وكان موجوداً في اللسان والقياس - إذا كان البيع

←

وقال الخرقى [المغنى : ٤٨٢/٣] : والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما •

٢ — وأما مالك وأبو حنيفة وأصحابهما رحمهم الله تعالى : فلم يقولوا بإثبات خيار المجلس ، وقالوا : متى تم الإيجاب والقبول لزم البيع ، وليس لأحد من المتبايعين فسخه ، تفرقا أم لم يتفرقا •

ذكر في بداية المجتهد [١٦٩/٢] عن مالك وأصحابه : أن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يتفرقا •

وقال في الهداية [٨١/٥] : وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ، ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية •

الأدلة :

١ — عمدة القائلين بخيار المجلس ، وهم الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : ما رواه مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : أن رسول الله ﷺ قال : (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار) •

قال القاضي ابن رشد : وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد : أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد • هـ

يجب شيء بعد البيع وهو الفراق — أن يجب بالثاني بعد البيع ، فيكون إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ، كان الخيار تجديد شيء يوجبه ، كما كان التفرق تجديد شيء يوجبه ، قال : ولو لم يكن فيه سنة بينة بمثل ماذهب إليه كان ما وصفنا أولى المعنيين أن يؤخذ به ، لما وصفت من القياس . مع أن سفيان بن عيينة أخبرنا عن عبد الله بن طاووس عن أبيه قال : خير رسول الله ﷺ رجلا بعد البيع ، فقال الرجل : عمرك الله ممن أنت ؟ فقال رسول الله ﷺ : امرؤ من قريش . قال : وكان أبي (لعله طاووس) يحلف ما الخيار إلا بعد البيع . قال الشافعي : وبهذا نأخذ . الأم : ٣/٣ — ٤ •

وقال الشافعي رحمه الله تعالى ، بعد ذكر روايات عدة لهذا الحديث :
وبهذا نأخذ . هـ

وجه الاستدلال بالحديث : أن النبي ﷺ جعل لزوم البيع بالتفرق ، وجعل لكل واحد من المتبايعين أن يختار البيع أو يفسخ ما دام لم يتفرقا ، والتفرق حقيقة إنما هو التفرق بالأبدان ، وهو الذي يكون لذكره في الحديث فائدة ، لأنه معلوم لدى الجميع أن المتعاقدين بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، يؤكد هذا : أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، وهو راوي الحديث ، كان إذا بايع أحداً وأراد أن يوجب البيع مشى خطوات ثم رجع ليحصل التفرق بينه وبين من بايعه . قال الشافعي بعد ذكره حديث مالك : قال نافع : وكان عبد الله بن عمر إذا ابتاع البيع فأراد أن يوجب البيع مشى قليلاً ثم رجع . هـ وبهذا يثبت القول بخيار المجلس ، وأن البيع لا يلزم قبل التفرق ولو حصل الإيجاب والقبول .

٢ — وحجة مالك رحمه الله تعالى في تركه العمل بهذا الحديث أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه ، فإنه قال في الموطأ [٦٧١/٢] بعد روايته الحديث : وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه .

قال ابن قدامة : وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده ، وقال الشافعي : لا أدري : هل اتهم مالك نفسه ، أو نافعاً ؟ وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر ، وقال ابن أبي ذئب : يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث . [المغني : ٤٨٢/٣] .

ومن الإنصاف لمالك رحمه الله تعالى أن نقول : إن تركه للعمل بهذا الحديث بناء على أصله من أن عمل أهل المدينة إذا خالف حديث الأحاد قدم عليه وترك العمل به ، لأنه حينئذ يكون أقوى منه ، لأن العمل في درجة التواتر أو الشهرة ، والمتواتر والمشهور يقدم على الأحاد عند التعارض . أو لأن العمل على خلافه يكون دليلاً على نسخه ، لأنه يستحيل عنده أن يعمل أهل المدينة على خلاف حديث صح عندهم إلا وقد علموا ناسخاً له .

على أنه - كما قال ابن رشد - قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : أيما بيعين تباعا فالقول قول البائع أو يترادان .

قال القاضي ابن رشد : فكأنه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس ، ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع ، لم يكن يحتاج فيه إلى تبين حكم الاختلاف في المجلس ، لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم ، بل بعد الافتراق من المجلس .

[بداية المجتهد : ١٦٩/٢ ، فتاوى الشيخ عlish : ٥٢/١ ، واطر الزرقاني : ٢٨٢/٤]

٣ - أما أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فقد احتجوا لما ذهبوا إليه بالسمع والقياس .

أ - أما السمع :

فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » / المائدة : ١ / . والعقد يكون بالإيجاب والقبول قبل التخيير ، والأمر للوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ، لأن لكل من المتعاقدين الرجوع قبل التفريق .

- وقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » / النساء : ٢٩ / . قالوا : وبعد الإيجاب والقبول يصدق على العقد أنه تجارة غير متوقف على التخيير أو الافتراق بالأبدان ، وقد أباح الله تعالى للمشتري أكل المبيع قبل التخيير .

- وقوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم » / البقرة : ٢٨٢ / . أمر الله تعالى بالتوثيق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع ، والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت خيار المجلس وعدم اللزوم قبله ، كان إبطالا لفائدة الشهادة .

وهكذا يتبين أن القول بثبوت خيار المجلس فيه إبطال لما تقدم من النصوص .

ب - وأما القياس :

فإنهم قالوا : عقد البيع من عقود المعاوضة ، وعقود المعاوضة تتم بلا خيار

المجلس ، بل بمجرد اللفظ الدال على الرضا ، فلم يكن لخيار المجلس أثر فيه ، قياساً على سائر العقود : مثل النكاح والخلع والكتابة والرهن والصلح على دم العمد ، فإنها تتم بلا خيار مجلس ، فكذا البيع .

وأجابوا عن الحديث الذي احتج به القائلون بخيار المجلس : بأن المراد بالمتبايعين بالحديث هما المتساومان والمتشاهلان بأمر البيع ، لا من تم البيع بينهما وانقضى ، لأن المعنى الأول هو الحقيقة والثاني مجاز . وكذلك التفرق في الحديث هو كناية عن التفرق بالأقوال لا التفرق بالأبدان ، كأن يقول الآخر بعد الإيجاب : لا أشتري ، أو يرجع الموجب قبل القبول . وإسناد التفرق إلى الناس مراداً به التفرق بالأقوال كثير في الشرع والعرف : قال الله تعالى « وما تفرق الذين أوتوا الكتاب » / البينة : ٤ / وقال ﷺ : (افترقت بنوا إسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة ، وستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة) [أبو داود : ٥٠٣/٢] وبمثل ما احتج به الحنفية من السمع والقياس احتج أصحاب مالك ، وبمثل ما أجابوا عن الحديث أجابوا . [فتح القدير : ٨١/٥ - ٨٢ ، بداية المجتهد : ١٧٠/٢]

المسألة السابعة عشرة : بيع البر بالشعير متفاضلاً :

اختلف الأئمة في البر والشعير : هل هما صنفان مختلفان أو صنف واحد ؟ وبالتالي هل يجوز بيعهما متفاضلين إذا حصل التقاض أو يمتنع ذلك ؟

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى وأصحابه : إلى أنهما صنف واحد يمتنع فيهما التفاضل والنساء . ذكر ذلك في الموطأ . [الموطأ : ٦٤٥/٢ واظفر الزرقاني : ٢٤٧/٤]

٢ - وذهب الأئمة الثلاثة الشافعي وأحمد - في المذهب - وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى : إلى أنهما صنفان مختلفان ، وبالتالي يحل فيهما التفاضل ويمتنع فيهما النساء .

قال في الأم [٢٠/٣] : ولا بأس بمد حنطة بمد شعير .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٠/٤] : والبر والشعير جنسان ، هذا هو المذهب .

وقال في الهداية [٢٧٩/٥] : وإذا عدم الوصفان — الجنس والمعنى المضموم إليه — حل التفاضل والنساء . . وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء ، مثل : أن يسلم هروياً^(١) في هروي ، أو حنطة في شعير .

الأدلة :

١ — حجة مالك رحمه الله تعالى أنه عمل سلفه بالمدينة . روى في الموطأ [٦٤٥/٢] : أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال : فني علف حمار سعد بن أبي وقاص ، فقال لعلامه : خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيراً ، ولا تأخذ إلا مثله .

وروى مثل ذلك عن نافع عن عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث ، وكذلك عن ابن معيقب الدوسي . قال مالك : وهو الأمر عندنا .

وأما أصحابه فاعتمدوا في ذلك أيضاً السماع والقياس :

أما السماع : فما رواه مسلم [١٣١٤/٣] : أن النبي ﷺ قال : (الطعام بالطعام مثلاً بمثل) . وجه الاستدلال به : أن الطعام يتناول البر والشعير .

وأما القياس : فقالوا : بينهما عدد كثير من المنافع المتفقة ، وما كان متفق المنافع لا يجوز التفاضل فيه باتفاق . [بداية المجتهد : ١٣٤/٢]

٢ — واحتج الأئمة الثلاثة بالسماع والقياس (المعقول) :

١ — أما السماع : فحديث عبادة بن الصامت : أن رسول الله ﷺ قال : (لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا الملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عينا بعين ، يدا بيد ، ولكن يبعوا الذهب بالورق ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر ، يدا بيد ، كيف شئتم) . وفي لفظ : (لا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما ، يدا بيد ، وأما نسيئة فلا) . وفي لفظ (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف

(١) أي شيئاً منسوباً إلى هراة ، وهي بلد من خراسان .

ششم) • [مسلم : ١٢١٠/٣ ، أبو داود : ٢٢٢/٢] قالوا : وهذا صريح صحيح لا يجوز تركه بغير معارض مثله •

٢ - وأما المعقول : فإنهما لم يشتركا في الاسم الخاص ، وإنما هما شيان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب أن يكونا صنفين ، قياسا على الذهب والفضة والتمر والحنطة ، وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنافع • وكذلك هما مسميان في الأصناف الستة : الذهب والفضة والتمر والملح والبر والشعير ، فكأنما جنسين كسائر المسميات • [المغني : ٢٠/٤ ، الأم : ١٢/٣ ، فتح القدير : ٢٧٥/٥]

المسألة الثامنة عشرة : تزويج الأب ابنته البكر بغير إذنها :

اتفق الأئمة على أن الأب يجبر ابنته البكر على الزواج إذا كانت صغيرة ، واختلفوا فيما إذا كانت كبيرة : هل له أن يزوجه بغير إذنها أو لا ؟ •

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أن الأب له أن يزوجه دون أن يستأمرها ، وإذا زوجها فإن ذلك لازم لها •

وحجته في ذلك عمل أهل المدينة ، فإنه ذكر في الموطأ [٥٢٥/٢] : أنه بلغه أن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار : كانوا يقولون في البكر يزوجه أبوها بغير إذنها : إن ذلك لازم لها •

وذكر أنه بلغه عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن • قال مالك : وذلك الأمر عندنا في نكاح الأبكار •

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى مثل ما ذهب إليه مالك إذا كان الزواج من كفاء ، لا ضرر فيه عليها ، وإن كان الأفضل استئمارها •

قال في الأم [١٦/٥ ، ١٩] يجوز أمر الأب على البكر في النكاح : إذا كان النكاح حظالها ، أو غير نقص عليها • ولا يجوز إذا كان نقصا لها أو ضررا عليها • وقال : ولأبي البكر أن يزوجه صغيرة وكبيرة بغير أمرها ، وأحب إلي إن كانت بالغا أن يستأمرها • هـ

وحجته في ذلك أن علة ثبوت ولاية الإخبار للأب عنده هي البكارة ، يدل على ذلك :

أ - مارواه مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : (الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن ، وإذنها صماتها) •

وجه الاستدلال بالحديث : أن النبي ﷺ لما قسم النساء قسمين : ثيبا وبكرا وأثبت الحق لأحدهما وهي الثيب ، دل على نفيه عن الآخر وهي البكر ، فيكون وليها أحق منها بها •

قال الشافعي : ويشه في دلالة سنة رسول الله ﷺ ، إذا فرق بين البكر والثيب ، فجعل الثيب أحق بنفسها من وليها ، وجعل البكر تستأذن في نفسها أن الولي الذي عني - والله تعالى أعلم - الأب خاصة ، فجعل الأيم أحق بنفسها منه ، فدل ذلك على أن أمره أن تستأذن البكر في نفسها أمر اختيار لا فرض ، لأنها لو كانت إذا كرهت لم يكن له تزويجها كانت كالثيب ، وكان يشبه أن يكون الكلام فيها : أن كل امرأة أحق بنفسها من وليها ، وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمت • ولم أعلم أهل العلم اختلفوا في أنه ليس لأحد من الأولياء غير الآباء أن يزوج بكرا ، ولا ثيبا إلا بإذنها ، فإذا كانوا لم يفرقوا بين البكر والثيب البالغين لم يجز إلا ما وصفت في الفرق بين البكر والثيب في الأب الولي وغير الولي • هـ

ب - حديث عائشة رضي الله عنها قالت : نكحني النبي ﷺ وأنا ابنة ست - أو سبع - وبنى بي وأنا ابنة تسع •

وجه الاستدلال بالحديث : أن الشارع لما لم يجعل للصغير أمرا في نفسه ، إلا أن يبلغ الصبي الحلم أو الجارية المحيض فيكون لهما أمر في أنفسهما ، دل إنكاح أبي بكر رضي الله عنه النبي ﷺ عائشة رضي الله عنها وهي ابنة ست ، وبناءه بها ابنة تسع ، على أن الأب أحق بالبكر من نفسها مطلقا ، وإلا لما جاز تزويجها بإياها حتى تبلغ ويستأمرها ، لأنها لا أمر لها في نفسها وهي صغيرة •

قال الشافعي : ولو كانت إذا بلغت بكرا كانت أحق بنفسها منه ، أشبه أن لا يجوز له عليها حتى تبلغ ، فيكون ذلك بإذنها . وقال : ولو كان لا يجوز للأب إنكاح البكر إلا بإذنها في نفسها ، ما كان له أن يزوجه صغيرة ، لأنه لا أمر لها في نفسها في حالها تلك .

ج - الفرق بين البكر وغيرها مع الأب ثابت ، حيث إنه لا فرق بين الأب وغيره من الولاية في تزويج الشيب ، فلو كانت البكر البالغ أحق بنفسها من أيها ، لم يفرق بين الأب وغيره في تزويجها .

قال الشافعي : ولو كان لا يجوز للأب إنكاح البكر إلا بإذنها في نفسها ، . . ما كان بين الأب وسائر الولاية فرق في البكر ، كما لا يكون بينهم فرق في الشيب . [الأم : ١٥/٥]

٣ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أنه ليس للأب تزويج البكر بغير إذنها إذا كانت كبيرة .

قال في بداية المبتدي [٣٩٥/٢] : ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح . هـ

وحجتهم في ذلك : أن علة ثبوت ولاية الإجبار إنما هو الصغر . يدل عليه :

أ - ما في سنن أبي داود [٤٨٣/١] والنسائي وابن ماجه ومسنده أحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي ﷺ . قالوا : وهذا صريح في أن البكارة ليست بعلة ، وأثبت في الفتح صحة هذا الحديث ووصله .

ب - ما في سنن النسائي [٨٧/٦] عن عائشة رضي الله عنها : أنها أخبرت أن فتاة دخلت عليها ، فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة . فقالت : اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها ، فقالت : يا رسول الله ، قد أجزت ما صنع أبي ، وإنما أردت أن أعلم النساء : أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء . قال في الفتح : وهو حديث حجة .

وجه الاستدلال : أن الحديث يفيد بعمومه أن مباشرة الأب تزويج ابنته ليس حقا ثابتا له ، وإنما على سبيل الاستحباب ، وبالإضافة إلى العموم ، فإن تقريره صلى الله عليه وسلم قولها فيه دليل على ذلك أيضا . قال في الفتح : وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل ، مع أن العرب يعتبرون في الكفاءة النسب ، والزواج كان ابن عمها .

ج - حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن . فقالوا : يا رسول الله فكيف إذن ؟ قال : أن تسكت) . [البخاري : ٢٣/٧]

وجه الاستدلال أن قوله : ولا تنكح البكر ، يقتضي أن لا يثبت إجبارها ، إذ لا يعقل له فائدة إلا العمل على وفقه ، لا استحالة أن يكون الغرض من استئذانها أن تخالف ، فلو كان الإيجاب ثابتا لزم ذلك ، وعري الأمر بالاستئذان عن الفائدة ، بل لزم عن ذلك استحالة الفائدة ، وهذا لا يجوز .

د - أنها حرة مخاطبة ، جائزة التصرف في مالها ، فليس لأحد ولاية عليها ، فلا يجوز إجبارها ، كالشيب والرجل . قال في الفتح : فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة إلا بإذنها ، وكل المال دون النفس ، فكيف يملك أن يخرجها قسرا إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقبها ، ومعلوم أن ذهاب جميع مالها أهون عليها من ذلك . [فتح القدير : ٣٩٥/٢ - ٣٩٧]

هـ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما كقول الشافعي ومالك ، والأخرى كقول أبي حنيفة وأصحابه ، والظاهر من كلام الخرقى : أن الأولى هي المذهب .

قال الخرقى : وإذا زوج الرجل ابنته البكر ، فوضعها في كفاءة ، فالنكاح ثابت وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة . قال ابن قدامة : أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان : الأولى : له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذن كالصغيرة ، والثانية ليس له ذلك . هـ

هذا واحتج الحنابلة للرواية الأولى بمثل ما احتج به الشافعي ، وللرواية الثانية بما احتج به الحنفية • [المغني : ٤٠/٧ - ٤١]

المسألة التاسعة عشرة : مقام الزوج عند من تزوجها جديدا وله زوجة غيرها :

اتفق الأئمة على أن من حقوق الزوجات العدل بينهما في القسم ، لما ثبت من قسمه ﷺ بين أزواجه ، ولقوله ﷺ : (إذا كان للرجل امرأتان فمال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل) • [أبو داود : ٤٩٣/١ ، ٤٩٣] ولما ثبت من أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا أراد السفر أقرع بينهما • [البخاري : ١٤٨/٥ ، مسلم : ٢١٣٠/٤]

واختلفوا في مقام الزوج عند الزوجة التي يتزوج بها جديدا وله زوجات أو زوجة غيرها :

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى أنه يقيم عند البكر سبع ليالٍ وعند الثيب ثلاثا ، ولا يحتسب بذلك عليها إن كان له زوجة أخرى ، إلا أن تشاء الثيب أن يقيم عندها سبعا ، فيحتسب بذلك عليها ، وتقضى لغيرها من الزوجات •

روى مالك [الموطأ : ٥٢٩/٢] عن أنس أنه كان يقول : للبكر سبع وللثيب ثلاث ، ثم قال : فإن كانت له امرأة غير التي تزوج فإنه يقسم بينهما بعد أن تمضي أيام التي تزوج بالسواء ، ولا يحسب على التي تزوج ما أقام عندها •

وقال الشافعي [الأم : ٩٨/٥] : وإذا نكح الرجل امرأة فبنى بها فحالها غير حال من عنده ، فإن كانت بكرا كان له أن يقيم عندها سبعة أيام ، وإن كانت ثيبا كان له أن يقيم عندها ثلاثة أيام ولياليهن ، ثم يتددى القسمة لنساءه فتكون واحدة منهن بعد مضي أيامها ، ليس له أن يفضلها عليهن •

وقال في المغني [٣١٦/٧] : متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور ، وأقام عندها سبعا إن كانت بكرا ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا ولا يقضيها ، إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعا ، فإنه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات •

٢ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى : أن الإقامة عندهن سواء ، بكرًا كانت أو ثيبًا ، ويحتسب بما أقام عندها إن كان له زوجة أخرى ، فيقضي لهن جميعا ما أقام عندها .

قال في الهداية [٥١٦/٢] : وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين ، أو إحداهما بكرًا والأخرى ثيبًا ، والقديمة والجديدة سواء .

الأدلة :

١ - احتج القائلون بالتفريق بين القديمة والجديدة والبكر والثيب :

أ - بما روى أبو قلابة عن أنس قال : من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم . قال أبو قلابة : لو شئت لقلت : إن أنسا رفعه إلى النبي ﷺ .

ورواه مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه كان يقول : للبكر سبع وللثيب ثلاث . [البخاري : ٤٣/٧ ، مسلم : ١٠٨٤/٢ ، الموطأ : ٥٣٠/٢]
ب - حديث أم سلمة رضي الله عنها ، حين تزوجها رسول الله ﷺ وأصبحت عنده ، قال لها : (ليس بك على أهلِكَ هوان ، إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن ؟ وإن شئت ثلثت عندك ودرت) فقالت : ثلث .

وفي رواية : (إن شئت زدتك وحاسبتك به ، للبكر سبع وللثيب ثلاث) .
[مسلم : ١٠٨٣/٢ ، الموطأ : ٥٢٩/٢]

أخذ الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى بهذين الحديثين لصحتهما ، وهما صريحان في التفريق بين الزوجة القديمة والجديدة ، وبين البكر والثيب الجديدتين . وكذلك أخذ بهما مالك رحمه الله تعالى لاشتهار العمل في المدينة على ذلك . قال في الموطأ بعد ذكر حديث أم سلمة وحديث أنس رضي الله عنهما : وذلك الأمر عندنا . [الموطأ : ٥٢٩/٢ ، الأم : ٩٨/٥ - ٩٩ ، المغني : ٣١٦/٧] .

٢ - وحجة الحنفية في عدم التفريق بين الزوجة القديمة والجديدة ، ولا بين البكر والثيب :

١ - النصوص :

أ - إطلاق قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » / النساء : ١٢٩ / • وقوله تعالى : « فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة » / النساء : ٣ / •

ب - إطلاق قول النبي ﷺ : (من كانت له امرأتان ، ومال إلى إحدهما في القسم ، جاء يوم القيامة وشقه مائل) • وقول عائشة رضي الله عنها : إن النبي ﷺ كان يعدل في القسم بين نسائه : ويقول : (اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك) • [أبو داود : ٤٩٢ / ١] •

قالوا : فما تلونا من الآيات وما روينا من الأحاديث مطلقة ، لم تفصل بين بكر وثيب ، ولا بين جديدة وقديمة •

٢ - المعقول ، قالوا : إن القسم حق تكتسبه الزوجة بالنكاح ، كما تكتسب حق النفقة وغيرها ، ولا تفاوت في هذه الحقوق بين زوجة وأخرى ، ثيباً كانت أم بكرأ : قديمة أم جديدة ، مسلمة أم كتيابة ، بالغة أم مراهقة ، مجنونة أم عاقلة ، مريضة أم صحيحة ، وذلك لتساويهن في سبب استحقاق هذه الحقوق ، وهو الحل الثابت بالنكاح ، فكذلك لا تفاوت بينهن في القسم •
[الهداية وشروحها : ٥١٦ / ٢ - ٥١٧]

المسألة العشرون : المقدار المحرم في الرضاع :

اتفق العلماء على أن الرضاع يثبت حرمة النكاح كما يثبتها النسب ، وإنما اختلفوا في مسائل تتعلق بالرضاع منها : المقدار الذي يثبت به التحريم ؟ •

١ - فذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أن قليل الرضاع وكثيره سواء في ثبوت التحريم •

قال مالك في الموطأ [٦٠٤/٢] : الرضاعة قليلها وكثيرها إذا كان في الحولين تحرم .

وقال في بداية المبتدي [٢/٣] : قليل الرضاع وكثيره سواء ، إذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أن التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات متفرقات .

قال في الأم [٢٣/٥] : ولا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات متفرقات . وذلك : أن يرضع المولود ثم يقطع الرضاع ، ثم يرضع ثم يقطع الرضاع ، فإذا رضع في واحدة منهن ما يعلم أنه قد وصل إلى جوفه ما قل منه وكثر في رضعة ، وإذا قطع الرضاع ثم عاد لمثلها أو أكثر فهي رضعة ، وإن التقم الثدي ثم لها بشيء قليلاً ثم عاد كانت رضعة واحدة ، ولا يكون القطع إلا ما انفصل انفصالاً بيناً . هـ

٣ - وعن أحمد رحمه الله تعالى ثلاث روايات فيما يحرم من الرضاع :

أ - قليل الرضاع وكثيره يحرم .

ب - لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات .

ج - أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً .

قال ابن قدامة [المغني : ١٧١/٨] : هذا الصحيح في المذهب .

الأدلة :

١ - أخذ مالك رحمه الله تعالى بما رواه في الموطأ عن ابن عباس رضي الله عنهما : أنه كان يقول : ما كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم . هـ وترك ما رواه عن عائشة رضي الله عنها من أن المحرم خمس رضعات ، وذلك لأن عمل أهل المدينة على خلافه .

فقد روي عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت : كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات

يحرمن ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله ﷺ وهو فيما يقرأ من القرآن • وفي رواية : وهن مما يقرأ من القرآن •

قال مالك : وليس على هذا العمل •

[الموطأ : ٢/٦٠٢ - ٦٠٨ وانظر الزرقاني : ٤/١٧١ ، ١٨٤]

٢ - وأما الحنفية فاحتجوا : بقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » / النساء : ٢٣ •

وجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل بين قليل أو كثير •

وكذلك احتجوا بمذهب ابن عمر رضي الله عنهما في تفسيره للآية وفهمه لها ، فقد روي عنه أنه قال : إن القليل من الرضاع يحرم • ف قيل له : إن ابن الزبير رضي الله عنه يقول : لا بأس بالرضعة والرضعتين ؟ فقال : قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير ، قال الله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » •

فاحتج رضي الله عنه لما ذهب إليه بالآية الكريمة ، ووصفه بأنه قضاء الله تعالى • قالوا : وهذا إما أن يكون رداً للرواية - حديث عائشة رضي الله عنها - لنسخها أو لعدم صحتها ، أو لعدم إجازته تقييد إطلاق الكتاب بخبر الواحد • [فتح القدير : ٢/٤]

٣ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى - والصحيح في مذهب أحمد رحمه الله تعالى - أن آية الرضاع عامة ، خصصتها السنة المحكية عن رسول الله ﷺ • قال في الأم [٢٣/٥ - ٢٤] : والرضاع : اسم جامع يقع على المصة وأكثر منها إلى كمال رضاع الحولين ، ويقع على كل رضاع وإن كان بعد الحولين • فلما كان هكذا وجب على أهل العلم طلب الدلالة ، هل يحرم الرضاع بأقل ما يقع عليه اسم الرضاع ، أو معنى من الرضاع دون غيره ؟ هـ

ثم ذكر حديث مالك عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها ، وذكر أنها كانت لا يدخل عليها إلا من استكمل خمس رضعات •

وذكر أيضاً حديث عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال :
(لا تحرم المصّة والمصتان ، ولا الرضعة والرضعتان) •

وذكر حديث مالك عن ابن شهاب عن عروة أن النبي ﷺ أمر امرأة أبي
حذيفة أن ترضع سالماً خمس رضعات تحرم بلبنها ، ففعلت فكانت تراه ابناً •

قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذكره هذه الأحاديث ومناقشتها وتشبيهه
بيان السنة لآية الرضاع بيانها لآتي قطع السارق وجلد الزاني ، قال :

فهكذا استدللنا بسنة رسول الله ﷺ : أن المراد بتحريم الرضاع بعض المرضعين
دون بعض ، لا من لزمه اسم الرضاع •

وما استدلل به الشافعي رحمه الله تعالى استدلل به الحنابلة للصحيح في مذهبه •
[المعنى : ٨ / ١٧١ - ١٧٢] •

المسألة الحادية والعشرون : أثر الزوج الثاني على تطليقات الزوج الأول :

أجمع العلماء على : أن الزوج الأول إذا طلق زوجته الثالثة وحلت منه ، ثم
تزوجها آخر وطلقها وحلت منه ، أن لزوجها الأول أن يتزوجها ، وتعود إليه
بثلاث تطليقات •

واختلفوا فيما إذا طلقها الأول تطليقة أو تطليقتين ، ثم حلت منه وتزوجت
بآخر ، ثم طلقها وحلت منه ثم تزوجها الأول :

١ - ذهب مالك والشافعي رحمهما الله تعالى : إلى أنها تعود إليه على ما بقي
لها من الطلاق ، وأن الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث • ذكر ذلك مالك في
الموطأ • [الزرقاني : ٤ / ١٣٧] •

وقال الشافعي في الأم [٥ / ٢٣١] : وإن طلقها الزوج واحدة أو اثنتين ،
فنكحها زوج غيره وأصابها ، ثم بانت منه ، فنكحها الزوج الأول بعده ، كانت عنده
على ما بقي من طلاقها ، كهي قبل أن يصيبها زوج غيره ، يهدم الزوج المصيبها بعده
الثلاث ، ولا يهدم الواحدة والاثنتين •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : إلى أن الزوج الثاني يهدم الثلاث وما دونها ، فإذا رجعت إلى زوجها الأول بعد ما تحل من الثاني رجعت إليه بثلاث تطليقات . وأما محمد رحمه الله فإنه قال : لا يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث .

قال في الهداية [١٧٩/٣] : وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين ، وانقضت عدتها ، وتزوجت بزوج آخر ، ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد : لا يهدم ما دون الثلاث .

٣ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما كقول أبي حنيفة : يهدم ما دون الثلاث ، والثانية : لا يهدم ما دونها ، وأنها ترجع إلى زوجها الأول على ما بقي لها من طلاق . والظاهر من كلام الخرقى أن هذه الرواية هي المذهب ، حيث قال [المغني : ٥٠٥/٧] : وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث ، فقضت العدة ، ثم تزوجت غيره ، ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها ، وقضت العدة ، ثم تزوجها الأول ، فهي عنده على ما بقي من الثلاث .

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى ما رواه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتنكح زوجاً غيره ، فموت عنها أو يطلقها ، ثم ينكحها زوجها الأول ، فإنها تكون على ما بقي من طلاقها .

ودعم قول عمر رضي الله عنه عند مالك إجماع أهل المدينة على ذلك . فإنه قال بعد روايته هذه : وعلى ذلك السنة عندنا التي لا اختلاف فيها . [الزرقاني : ١٣٧/٤]

٢ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى : أن الله سبحانه وتعالى فرق في كتابه العزيز بين المطلقة واحدة واثنين ، والمطلقة ثلاثاً ، وأبان أن المطلقة ثلاثاً فارقت نساء الدنيا في أنها لا تحل لزوجها الأول إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره ويطلقها

وتحل منه ، ولما كانت المطلقة واحدة واثنين لا تشاركها في هذا الحكم ، ودل على أن الزوج الثاني معناه في المطلقة ثلاثا غير معناه في المطلقة دون الثلاث ، وإذا كان معناه في المطلقة ثلاثا أنه يحلها لزوجها الأول ، كان معناه في المطلقة دون الثلاث أنه لا يحل شيئا ولا يحرمه ، وبالتالي يكون وجوده كعدمه ، وتعود إلى الأول على ما بقي لها من طلاق .

قال في الأم [٢٣١/٥ - ٢٣٢] بعد ذكره قوله : فإن قال قائل ، فقد قال غيرك : إذا هدم الثلاث هدم الواحدة واثنين فكيف لم تقل به ؟ قيل - إن شاء الله تعالى - استدلالا بوجودها في حكم الله عز وجل . فإن قال : وأين ؟ قيل : قال الله عز وجل : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » / البقرة : ٢٢٩/ .

وقال : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » / البقرة : ٢٣٠/ . قال : دل حكم الله عز وجل على الفرق بين المطلقة واحدة واثنين والمطلقة ثلاثا ، وذلك أنه أبان أن المرأة يحل لمطلقها رجعتها من واحدة واثنين ، فإذا طلقت ثلاثا حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره . فلما لم يكن لزوج غيره حكم يحلها لمطلقها واحدة واثنين إلا لأنها حلال إذا طلقت واحدة أو اثنتين قبل الزواج ، كان معنى نكاحه وتركه النكاح سواء .

ولما كانت المطلقة ثلاثا حراما على مطلقها الثلاث حتى تنكح زوجا غيره فكانت إنما تحل في حكم الله - تبارك وتعالى اسمه - بنكاحه ، كان له حكم بين : أنها محرمة حتى ينكحها هذا الزوج الآخر ، فلم يجوز أن يقاس ماله حكم بما لا حكم له . وقال : وكان أصل الأمر : أن المحرم إنما يحل للمرأة بفعل نفسه كما يحرم عليه الحلال بفعل نفسه ، فلما حلت المطلقة ثلاثا بزوج غيره ، بعد مفارقتها نساء أهل الدنيا في هذا الحكم ، لم يجوز أن يكون الزوج في غير الثلاث في هذا المعنى ، وكان في معنى أنه لا يحل نكاحه للزوج المطلق واحدة واثنين ولا يحرم شيئا ، لأن المرأة لم تحرم فتحل به ، وكان هو غير الزوج ، ولا يحل له شيء بفعل غيره ، ولا يكون

لغيره حكم فيما حكمه إلا حيث جعله الله عز وجل الموضع الذي جعله الله تعالى مخالفا لهذا ، فلا يجوز أن يقاس عليه خلافه . هـ

ثم ذكر رحمه الله تعالى أن القول هو ما أفتى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

٣ - وحجة الرواية الثانية عن أحمد رحمه الله تعالى : أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق ، وكذلك هو تزويج قبل استيفاء الثلاث ، فأشبهه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني . [المغني : ٥٠٥/٧]

٤ - وحجة أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى [الهداية وشروحها : ١٧٩/٣] :

أ - قوله ﷺ : (لعن الله المحلل والمحلل له) [أبو داود : ٤٧٩/١] وجه الاستدلال به : أن أهل الحديث أوردوه في باب (ما جاء في الزوج الثاني) .

والمراد بالمحلل في الحديث الزوج الثاني ، فسماه الشارع محلا ، ومعناه الميثب للحل . وإذا كان الزوج هو الميثب للحل ، فالحل الذي يثبت به : إما أن يكون الحل السابق ، أو حلا جديدا . ولا سبيل إلى أنه يكون الحل السابق : لاستلزامه تحصيل الحاصل وهو باطل ، فتعين أن يكون الحل الثابت بالزوج الثاني حلا جديدا ، وبالضرورة يكون غير الأول ، والأول حل ناقص فيكون الحل الجديد كاملا ، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث .

ب - ذكر في الفتح : أنه روى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال : كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ، ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره ، فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ، ثم انقضت عدتها ، وأراد الأول أن يتزوجها ، على كم هي عنده ؟ فالتفت إلى ابن عباس وقال : ما تقول في هذا ؟ قال : يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث ، وسأل ابن عمر . قال : فليقتل ابن عمر ، فقال مثل ما قال ابن عباس .

هـ - وأما محمد رحمه الله تعالى فاحتج بقوله تعالى : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ » / البقرة : ٢٣٠ / •

وجه الاستدلال بالآية : أن الله تعالى جعل الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص ، وما كان غاية للحرمة كان منها لها ، لأن المغيا ينتهي بالغاية ، فيكون الزوج الثاني منها للحرمة ، ولا انتهاء لها قبل ثبوتها ، وهي ليست بثابتة قبل وقوع الثلاث ، فيكون الزوج الثاني لا أثر له قبل الثلاث ، وبالتالي : ترجع إلى الأول على ما بقي لها عنده من طلاق • [الهداية وشروحها : ١٧٩/٣]

المسألة الثانية والعشرون : وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء :

إذا آلى الرجل من امرأته ولم يفيء^(١) حتى مضت أربعة أشهر ، فهل تطلق امرأته بانتهاء هذه المدة حكما ، أم أنها لا تطلق ، بل يوقف : فإذا أن يفيء وإما أن يطلق ؟ اختلفوا في ذلك ؟

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى أنه لا تطلق ، وإنما يوقف بعد انتهاء المدة : فإذا أن يفيء وإما أن يطلق •

قال في بداية المجتهد [٩٩/٢] : فإن مالكا - والشافعي وأحمد وأبا ثور وداود والليث - ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة أشهر ، فإذا فاء وإما طلق • وقال في الأم [٢٥٦/٥] : وإذا آلى الرجل من امرأته فمضت أربعة أشهر وقف وقيل له : إن فئت ، وإلا فطلق •

وقال ابن قدامة [المغني : ٥٥٣/٧] : إن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ، ولا يطالب فيهن ، فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم وقفه وأمره بالفيئة ، فإن أبى أمره بالطلاق ، ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة •

(١) آلى من زوجته : حلف أن لا يجامعها مدة أربعة أشهر فأكثر . ولم يفيء : أي لم يرجع عما حلف عليه ولم يجامعها •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أنها تطلق باتمهاء
المدة .

قال في بداية المبتي : وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك ، أو قال :
والله لا أقربك أربعة أشهر ، فهو مول ، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حث في يمينه ،
ولزمته الكفارة ، وسقط الإيلاء ، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه
بتطليقة . قال في الغناية : معنى الإيلاء عندنا : إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك
فأنت طالق تطليقة بائنة . [الهداية وشروحها : ٣ / ١٨٣ - ١٨٤]

الأدلة :

١ - حجة القائلين بالوقف :

أ - ظاهر قوله تعالى : « للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن
فاؤوا فإن الله غفور رحيم » وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » / البقرة :
٢٢٦ - ٢٢٧ / .

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٩٩ - ١٠٠] : وللمالكية في الآية أربعة
أدلة :

- أنه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل في
الديون المؤجلة .

- أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله ، وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجاوزا

- أعنى ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلا تجاوزا - وليس يصار إلى
المجاز عن الظاهر إلا بدليل .

- قوله تعالى : « وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » قالوا : فهذا
يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة .

- أن الناء في قوله تعالى : « فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم » ظاهرة في معنى
التعقيب ، فدل ذلك على أن الفينة بعد المدة . وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق .

وبمثل ما استدل به المالكية في الآية استدل الحنابلة والشافعية (١) .

ب - عمل الصحابة وأقوالهم :

— روى مالك في موطئه [٥٥٦/٢] عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنهما يقولان : إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق ، وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف ، فإما أن يطلق وإما أن يفيء . *

— ما رواه الشافعي في الأم [٢٤٧/٥ - ٢٤٨] : عن سليمان بن يسار قال : أدركت بضعة عشر من أصحاب رسول الله ﷺ كلهم يقول : يوقف المولي . *

وعن عمرو بن سلمة ومروان بن الحكم وجعفر بن محمد عن أبيه : أن عليا رضي الله عنه كان يوقف المولي . *

وعن عثمان رضي الله عنه كان يوقف المولي . *

وعن القاسم بن محمد قال : كانت عائشة رضي الله عنها ، إذا ذكر لها الرجل يحلف أن لا يأتي امرأته فيدعها خمسة أشهر ، لا ترى ذلك شيئا حتى يوقف ، وتقول : كيف ؟ قال الله عز وجل : « إمساك بمعروف أو تسريح بأحسان » / البقرة : ٢٢٩ / *

وعن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه قال : إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق وإن مضت أربعة أشهر حتى يوقف ، فإما أن يطلق وإما أن يفيء . * هـ

— قال ابن قدامة [المغني : ٥٥٣/٧] : قال أحمد في الإيلاء ، يوقف ، عن الأكابر من أصحاب النبي ﷺ ، روي عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلي ، وجعل يثبت حديث علي . وبه قال ابن عمر وعائشة ، وروي عن غير هؤلاء . *

ج - والذي دعم هذا الاحتجاج عند مالك رحمه الله تعالى ورجح هذا

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٥٥٣/٧ ، مغني المحتاج : ٣/٣٩٤ ، الأم : ٢٤٧/٥ ،

اثر الاختلاف : ٥٧ .

القول : أن العمل عليه في المدينة • فإنه قال في الموطأ [٥٥٦/٢] بعد روايته عن علي رضي الله عنه قوله : وذلك الأمر عندنا •

٢ - وأما الحنفية فإنهم احتجوا :

أ - بالآية الكريمة : « للذين يؤلون من نسائهم .. » / البقرة : ٢٣٩ / •
وذلك على أن المراد بالفاء التعقيب الذكري ، يؤكد هذا قراءة ابن مسعود : فإن
فاؤوا - فيهن - فإن الله غفور رحيم •

وأيّدوا ذلك :

— بأن المعنى المقصود من حكم الإيلاء رفع الضرر عن الزوجة ، ولا يرفع الضرر
إلا بوقوع الطلاق بمضي المدة ، وذلك أنه ظلمها بمنع حقها وهو الوطاء في المدة ،
فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة ، تخلصا لها عن ضرر
التعليق •

— أن الإيلاء كان طلاقا في الجاهلية على الفور ، بحيث لا يقربها الشخص بعد
الإيلاء أبدا ، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة ، فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل ،
فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضي •

ب - عمل الصحابة :

— ما روي أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما كانا يقولان في
الإيلاء : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة ، وهي أحق بنفسها ، وتعتد عدة
المطلقة •

— ما روي عن قتادة أن عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا :
إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة ، وهي أحق بنفسها ، وتعتد عدة المطلقة •

— ما روي عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أنهما
قالا : إذا آلى فلم يفى حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة •

— ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقول : إذا مضت أربعة أشهر
فهي تطليقة ، وهو أملك بردها ما دامت في عدتها •

— ماروي عن أبي قلابة قال : آلى النعمان من امرأته ، وكان جالسا عند ابن مسعود ، ف ضرب فخذة وقال : إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطبيقه .

قال ابن الهمام : بعد ذكره هذه الروايات • وهذا ترجيح عام ، وهو أن قول من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه ، لأنه لم يكن بدءاً من كونه محمولاً على السماع ، لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية ، فلولا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ، ومن قاله كقولهم — أي كقول المخالفين — لم يظهر في قولهم مثل ذلك ، لأنهم مع المتبادر من اللفظ ، فلا يلزم حمل قولهم على سماع • [الهداية وشروحها : ٣ / ١٨٤ — ١٨٧ • وانظر أثر الاختلاف : ٥٧]

المسألة الثالثة والعشرون : ما تحمله العاقلة (١) من دية الخطأ :

اتفق علماء المسلمين على أن العاقلة تحمل دية الخطأ في النفس كاملة ، واختلفوا في أقل ما تحمله من الخطأ فيما دون النفس •

١ — ذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أن العاقلة لا تحمل ما دون ثلث الدية ، فما كان ثلث الدية فصاعداً فهو على العاقلة ، وما كان دون الثلث فهو في مال الجاني خاصة •

جاء في الموطأ [٢ / ٨٦٣] : أن الدية لا تجب على العاقلة حتى تبلغ الثلث فصاعداً •

وقال ابن قدامة [المغني : ٨ / ٣٨٤] : إن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث •

٢ — وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أن العاقلة لا تحمل من الدية شيئاً حتى يبلغ نصف عشر الدية •

قال في الهداية [٨ / ٤١٢] : ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ، وتحمل نصف العشر فصاعداً •

(١) الرجال الأقارب من جهة الأب •

٣ - وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فذهب إلى أن دية الخطأ - قلت أو كثرت - فهي على العاقلة .

قال في الأم : وإذا جنى الحر على الحر خطأ : فما لزمه من دية أو أرش جناية - وإن قلت - جعلتها على العاقلة .

وقال : العقل عقلان : فعقل العمد في مال الجاني دون عاقلته قل أو كثر ، وعقل الخطأ على عاقلة الجاني قل ذلك العقل أو كثر . [٢٩٦/٧ ، ١٠٣/٦]

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى : أن ذلك هو الأمر في المدينة وعليه العمل . جاء في الموطأ [٨٦٢/٢] : قال مالك : والأمر عندنا أن الدية لا تجب على العاقلة حتى تبلغ الثلث فصاعدا ، فما بلغ الثلث فهو على العاقلة ، وما كان دون الثلث فهو في مال الجراح خاصة .

٢ - وحجة أحمد رحمه الله تعالى قضاء عمر رضي الله عنه والاستصحاب . أما الأول : فما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة (١) .

وأما الثاني : فلأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني ، لأنه موجب جنايته وبدل متلفه ، فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات ، وإنما خولف الأصل في الكثير وجعل على العاقلة تخفيفا عن الجاني وبعدا عن الإجحاف به .

واعتبر الثلث فصاعدا كثيرا عملا بقوله ﷺ : (والثلث كثير) [البخاري : ٣/٤] . وإذا خولف الأصل في الثلث - لما سبق - بقي فيما دونه على قضية الأصل ومقتضى الدليل . [المغني : ٣٨٤/٨]

(١) هي الشجة التي تصل إلى أم الدماغ ، أي الجلدة التي تحيط به .

٣ - وأما أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فحجبتهم :

أ - حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ : (لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة ^(١)) قالوا : وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس .

ب - أن تحمل العاقلة عن الجاني تحرز عن الإجحاف به ، ولا إجحاف في تحمله القليل ، وإنما يكون الإجحاف في تحمله الكثير . والتقدير الفاصل بين القليل والكثير عرف بالسمع ، حيث بين ﷺ أن العاقلة لا تعقل ما دون أرش الموضحة .
[الهداية وشروحها : ٤١٢/٨]

٤ - وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى : أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ ، كما أن الجاني هو الذي يحمل دية العمد ، وكما أن العمد قليله وكثيره على الجاني فكذلك الخطأ قليله وكثيره على العاقلة ، فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ؟ ولا دليل ، بل الدليل على خلاف التخصيص ، حيث إن النبي ﷺ قضى على العاقلة بالدية كاملة كما قضى عليها بتحمل الغرة ^(٢) ، وهي قليل ، وكلاهما في الخطأ .

قال في الأم : العقل عقلاً فعقل العمد في مال الجاني دون عاقلته قل أو كثر ، وعقل الخطأ على عاقلة الجاني قل ذلك العقل أو كثر ، لأن من غرم الأكثر غرم الأقل .

فإن قال قائل : فهل من شيء يدل على ما وصفت ؟ قيل له : نعم ، ما وصفت أولاً كاف منه ، إذا كان أصل حكم العمد في مال الجاني فلم يختلف أحد في أنه فيه

(١) قال في نصب الراية : المرفوع غريب ، وليس في الحديث أرش الموضحة ، ولكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن النخعي قال : لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة ولا تعقل العمد ولا الصلح ولا الاعتراف . (٣٩٩/٤) . [أرش الموضحة : الارش هو المال الذي يجب بسبب الجنابة . والموضحة : هي الجرح الذي يصل إلى العظم ويوضحه أي يظهره ، وأرش الموضحة نصف عشر الدية] .

(٢) هي ما يجب بالجنابة على الجنين ، وهو عشر دية أمه .

قل أو أكثر ، ثم كان أصل حكم الخطأ في مال العاقلة ، فهكذا ينبغي أن يكون في الأقل .

فإن قال : فهل من خبر نص عن النبي ﷺ ؟ قيل : نعم ، قضى رسول الله ﷺ على العاقلة بالدية ، ولا يجوز — لو لم يكن عنه خبر — غير هذا ، إذ سن أن دية الخطأ على العاقلة إلا أن يكون كل خطأ عليها ، أو يتوهم متوهم فيقول : كان أصل الجنايات على جانبها فلما قضى رسول الله ﷺ بالدية على العاقلة في الخطأ ، قلنا : ما بلغ أن يكون دية فعلى العاقلة ، وما نقص من الدية فعلى جانيه ، أما أن يقول قائل : تعقل العاقلة الثلث ولا تعقل دونه ، أفرأيت إن قال له إنسان : تعقل التسعة الأعشار أو الثلثين أو النصف ولا تعقل دونه فما حجته عليه ؟ فإن قال قائل : فهل من خبر يدل على ما وصفت ؟ قيل : نعم ، قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة ، وقضى به على العاقلة ، وذلك نصف عشر الدية ، وحديثه في أنه قضى بالجنين على العاقلة أثبت إسنادا من أنه قضى بالدية على العاقلة . وإذا قضى بالدية على العاقلة حين كانت دية ، ونصف عشر الدية ، لأنهما معا من الخطأ ، فكذلك يقضى بكل خطأ — والله تعالى أعلم — وإن كان درهما واحدا . هـ .

ثم ناقش الذين قالوا بأنها تحمل نصف العشر فصاعدا ، كما ناقش القائلين بأنها تحمل الثلث فصاعدا ، مبينا أنه لا دليل عليه ، وقال : ولقلما رأيت بعض الناس عاب شيئا إلا شرك في طرف منه ، إلا أنه قد يحسن أن يتخلص بأكثر مما يتخلص به غيره ، مما لعل فيه مؤنة على من جهل موضع الحجة ، فأما من علمها فليست عليه مؤنة فيها إن شاء الله تعالى . [الأم : ٢٩٥ / ٧ — ٢٩٧]

المسألة الرابعة والعشرون : قتل المسلم بالذمي :

اختلف الأئمة في قتل المسلم بالذمي ، إذا قتله المسلم عمدا ، هل يقتل به ؟

١ — قال مالك رحمه الله تعالى : لا يقتل مسلم بكافر إلا أن يقتله المسلم قتل

غيلة فيقتل به . [الموطأ : ٢ / ٨٦٤]

وقتل الغيلة : أن يضجعه فيذبحه ، وخاصة إذا فعل ذلك ليأخذ ماله ، أو أن
يخدعه فيدخله بيتا أو نحوه فيقتله ، وقد يفعل ذلك ليأخذ ماله أيضا •
[انظر بداية المجتهد : ٣٩١/٢ ، والمغني : ٢٧٠/٨]

٢ - وقال أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : يقتل به مطلقا • وبمثل قولهم
قال النخعي والشعبي •

جاء في بداية المبتدي [٢٥٤/٨] : ويقتل الحر بالحر ، والحر بالعبد ، والمسلم
بالذمي •

٣ - وأما الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى فقالا : لا يقتل مسلم بكافر بحال •
جاء في المغني لابن قدامة [٢٧٣/٨] : ولا يقتل مسلم بكافر • وقال : أكثر أهل
العلم لا يوجبون على مسلم قصاصا بقتل كافر أي كافر كان •

وجاء في الأم [٣٣/٦] : ولا يقتل مؤمن ، عبد ولا حر ولا امرأة ، بكافر في
حال أبدا ، وكل من وصّف الإيمان من أعجمي وأبكم - يعقل ويشير بالإيمان
ويصلي - فقتل كافرا فلا قود عليه ، وعليه ديته في ماله حالة • وسواء كثر القتل
في الكفار أو لم يكثر ، وسواء قتل كافرا على مال يأخذه منه ، أو على غير مال ،
لا يحل - والله أعلم - قتل مؤمن بكافر بحال ، في قطع طريق ولا غيره •

وقال : وإذا قتل المؤمن الكافر عزز وحبس ، ولا يبلغ بتعزيره في قتل ولا غيره
حد ، ولا يبلغ بحبسه سنة ، ولكن حبس يبتلى به ، وهو ضرب من التعزير^(١) •

الأدلة :

١ - حجة الإمام مالك رحمه الله تعالى عمل أهل المدينة • قال في الموطأ [٨٦٤/٢] :
الأمر عندنا أن لا يقتل مسلم بكافر ، إلا أن يقتله مسلم قتل غيلة فيقتل به •

٢ - وحجة أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى :

آ - قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر

(١) التعزير : عقوبة يقدرها القاضي ، ولا يبلغ بها حدا من الحدود •

بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني » / البقرة : ١٧٨ / • وجه الاستدلال بالآية :
أن الله تعالى ذكر أن الحر يقتل بالحر ، ولم يفصل بين مؤمن وغيره •

ب - قوله ﷺ (العمد قود) [الدارقطني : ٩٤/٣] وهذا عمد فيجب به
القود ، أي قتل القاتل ، وهو القصاص •

ج - ما روى محمد بن الحسن عن إبراهيم رحمه الله تعالى : أن رجلا من
المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة ، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال : (أنا أحق
من وفي بذمته) ثم أمر به فقتل^(١) • قالوا : وفي دلالة على المطلوب جلاء لا يبارى •

لكن هذا الحديث تكلم العلماء فيه وأثبتوا ضعفه • قال في شرح العناية :
وَرُدَّ - أي الحديث السابق - بأن مداره على ابن اليلماني ، وهو ضعيف ،
قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله : ابن اليلماني حديثه منكر ، روى عنه ربيعة
أن النبي ﷺ قتل مسلما بمعاهد ، وهو مرسل منكر • وقال الدارقطني : ابن
اليلماني لا يقوم به حجة إذا وصل ، فكيف إذا أرسل ؟ • قال صاحب العناية :
والجواب أن الطعن بالإرسال ، والطعن بالمبهم من أئمة الحديث غير مقبول •

د - ومما استدل به الحنفية أيضا : أن القصاص عمدته تساوي القاتل والمقتول
في العصمة ، وقد وجدت العصمة بين المسلم والذمي نظرا إلى الدار والتكليف ،
ولهذا يقتل الذمي بالذمي ، فكذلك يقتل المسلم بالذمي •

[تحفة الفقهاء : ١٤٢/٣ ، الهداية وشروحها : ٢٥٤/٨ - ٢٥٦]

٣ - وحجة الشافعي رحمه الله تعالى : أن ظاهر الكتاب فرض القصاص بين
المؤمنين المكلفين الذين ربطت بينهم أخوة الإيمان ، إذا قتل بعضهم بعضا ، لا من
انقطعت بينهم هذه الرابطة ، ودل على هذا الظاهر سنة المصطفى عليه الصلاة والسلام ،
فثبت الدليل على أنه لا يقتل مسلم بغيره بحال من الأحوال •

(١) أخرجه الدارقطني مرسلا ومرفوعا عن ابن عمر رضي الله عنهما : ١٣٤/٣ •

قال في الأم : قال الله تبارك وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » / البقرة : ١٧٨ / •

قال : فكان ظاهر الآية - والله أعلم - أن القصاص إنما كتب على البالغين المكتوب عليهم القصاص ، لأنهم المخاطبون بالفرائض ، إذا قتلوا المؤمنين بابتداء الآية ، وقوله : « فمن عفي له من أخيه شيء » لأنه جعل الأخوة بين المؤمنين فقال : « إنما المؤمنون إخوة » / الحجرات : ١٠ / • وقطع ذلك بين المؤمنين والكافرين ، ودلت سنة رسول الله ﷺ على مثل ظاهر الآية •

قال : وسمعت عددا من أهل المغازي ، وبلغني عن عدد منهم : أنه كان في خطبة رسول الله ﷺ يوم الفتح : (لا يقتل مؤمن بكافر) •

ثم ذكر أن هذا رواه عمران بن حصين والحسن وعلي رضي الله عنهم ، عن النبي ﷺ • [الأم : ٦ / ٣٢ - ٣٣]

٤ - واحتج أحمد رحمه الله تعالى :

أ - بقول النبي ﷺ : (المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، ولا يقتل مؤمن بكافر) • وفي لفظ : (لا يقتل مسلم بكافر) •

[البخاري : ٩ / ١٦ ، أبو داود : ٤٨٨ / ٢]

قال في المغني : قال أحمد : الشعبي والنخعي قالا : دية المجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم ، وإن قتله يقتل به ، هذا عجب ؟ يصير المجوسي مثل المسلم ؟ سبحان الله ، ما هذا القول ؟ واستبشعه ، وقال : النبي ﷺ يقول : (لا يقتل مسلم بكافر) • وهو يقول : يقتل بكافر ، فأی شيء أشد من هذا ؟ •

٢ - واستدلوا أيضا بأن الذمي منقوص الكفر ، وهو في هذا كالمستأمن ، والإجماع على أن المسلم إذا قتل المستأمن لا يقتل به ، فكذلك الذمي إذا قتلته المسلم لا يقتل به • [المغني : ٨ / ٢٧٣]

المسألة الخامسة والعشرون : ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا :

اختلف الأئمة : هل تثبت حرمة المصاهرة بالوطء الحرام ، وهو الزنا ، كما تثبت بوطء النكاح ووطء الشبهة ، أو لا تثبت ؟ .

١ - قال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى : وطء الزنا لا يحرم ، ولا تثبت به حرمة المصاهرة .

قال مالك في الموطأ [٥٣٣/٢] : فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئاً من ذلك .

وقال الشافعي في الأم [٢٣٤/٥] : أما الرجل يزني بامرأة أبيه ، أو امرأة ابنه ، فلا تحرم واحدة منهما على زوجها بمعصية الآخر . قال : وكذلك الزوج يزني بأم امرأته أو بنتها ، لا تحرم عليه امرأته .

٢ - وقال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى : إن الزنا يحرم ، وتثبت به حرمة المصاهرة .

قال ابن الهمام [فتح القدير : ٣٦٥/٢] : ومن زنا بامرأة حرمت عليه أمها وإن علت ، وبنتها وإن سفلت . وكذا تحرم المزني بها على آباء الزاني وأجداده وإن علوا ، وأبنائه وإن سفلوا .

وقال الخرقى [المغني : ١١٧/٧] : ووطء الحرام محرم ، كما يحرم وطء الحلال والشبهة .

قال ابن قدامة : يعني أنه يثبت به تحريم المصاهرة ، فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وبنتها ، كما لو وطئها بشبهة أو حلالاً ، ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته ، نص أحمد على هذا في رواية جماعة .

الأدلة :

١ - القائلون بعدم التحريم :

حجة مالك ظاهر القرآن الكريم الذي اشتهر عليه العمل بالمدينة .

جاء في الموطأ [٥٣٣/٢] : قال مالك : فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئاً من ذلك ،

لأن الله تبارك وتعالى قال : « وأمهات نسائكم » / النساء : ٢٣ / . فإنما حرم ما كان تزويجاً ، ولم يذكر تحريم الزنا ، فكل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأته فهو بمنزلة التزويج الحلال ، فهذا الذي سمعت والذي عليه أمر الناس عندنا . [انظر الزرقاني : ٢٩/٤]

وحجة الشافعي رحمه الله تعالى :

آ - الاستصحاب : وذلك أن الأصل المعهود في حكم الشرع أن التحريم يكون إلى الأزواج بالطلاق أو بفعل يقع على الزوجة ، فإذا زنى رجل بامرأة أبيه أو امرأة ابنه فلا تحرم واحدة منهما على زوجها بمعضية الآخر .

قال الشافعي : ومن حرمها على زوجها بهذا أشبه أن يكون خالف حكم الله تعالى ، لأن الله عز وجل جعل التحريم بالطلاق إلى الأزواج ، فجعل هذا إلى غير الزوج أن يحرم عليه امرأته ، أو إلى المرأة نفسها أن تحرم نفسها على زوجها . هـ .

وكذلك الزوج يزني بأم امرأته أو بنتها ، فلا تحرم عليه امرأته ، قال الشافعي : ومن حرم عليه أشبه أن يدخل عليه أن يخالف حكم الله تعالى في أن الله حرمها على زوجها بطلاقه إياها ، فزنى زوجها بأمها فلم يكن طلاقاً لها ، ولا فعلاً يكون في حكم الله جل ثناؤه ولا في سنة رسول الله ﷺ تحريماً لها ، وكان فعلاً - كما وصفت - وقع على غيرها فحرمت به ، فقال قولاً مخالفاً للكتاب ، محالاً بأن يكون فعل الزوج وقع على غيرها ، فحرمت به امرأته عليه .

ب - المعقول : وذلك أن التحريم نعمة ، والزنا محظور فلا تنال النعمة بالمحظور ، بيانه : أن الله عز وجل ذكر ما من به على العباد فقال : « فجعله نسبا وصهرا » / الفرقان : ٥٤ / . فحرم بالنسب الأمهات والأخوات والعمات والخالات ومن سمي . وحرّم بالصهر ما نكح الآباء وأمهات النساء وبنات المدخول بهن منهن ، فكان تحريمه بأن جعله للمحرمات على من حرم عليه حقاً ليس لغيرهن عليه ، وكان ذلك متناً منه بما رضي من حاله ، وكان من حرم عليه لهن محرماً يخلو بهن ويسافر ، ويرى منهن ما لا يرى غير المحرم .

قال : وإنما كان التحريم لهن رحمة لهن ولمن حرم عليهن ، ومَنَّا عليهن وعليهم لا عقوبة لواحد منهما ، ولا تكون العقوبة فيما رضي ، ومن حرم بالزنا — الذي وعد الله عليه النار وحد عليه فاعله ، وقرنه مع الشرك به وقتل النفس التي حرم الله — أحال العقوبة إلى أن جعلها موضع رحمة ، فمن دخل عليه خلاف الكتاب فيما وصفت وفي أن الله تعالى حين حكم الأحكام بين الزوجين من اللعان والظهار والإيلاء ، والطلاق والميراث ، كان عندنا وعنده على النكاح الصحيح ، فإذا زعمنا أن الذي أراد الله عز وجل بأحكامه في النكاح ما صح وحل ، فكيف جاز له أن يحرم بالزنا ، وهو حرام غير نكاح ولا شبهة ؟ [انظر الأم : ١٣٦/٥]

٢ — حجة القائلين بالتحريم ، وهم الحنابلة والحنفية :

آ — قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » / النساء : ٢٢ / .

وجه الاستدلال بالآية أن المراد بالنكاح الوطء :

إما لأنه الحقيقة اللغوية فيه ، قال الشاعر : إذا زنت فأجد نكاحا . وإما لأن النكاح يطلق على الوطء مجازا ، وفي الآية قرينة تصرف اللفظ إليه وتوجب الحمل عليه ، وهي قوله تعالى : « إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » . وهذا التعليل إنما يكون في الوطء ، والفاحشة لا تكون بنفس العقد .

ب — ورد أن رجلا قال : يا رسول الله إني زنت بامرأة في الجاهلية ، أفأنكح ابنتها ؟ قال : (لا أرى ذلك ، ولا يصلح أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها) . قال ابن الهمام بعد ذكره هذا الحديث : وهو مرسل ومنقطع ، إلا أن هذا لا يقدح عندنا إذا كانت الرجال ثقات .

وروي عن النبي ﷺ أنه قال : (لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها) . [أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ١٧٠/٧ ، وقال عنه ضعيف]

ج - قالوا : هو وطء سبب للولد ، فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال ، لأن مناط التحريم^(١) هو الوطء ، ووصف الحل في المناط ملغى شرعا .
والدليل على إغائه أن وطء الأمة المشتركة ، وجارية الابن ، والمكاتب ، والمظاهر منها ، وأمتة المجوسية ، والحائض ، والنفساء ، ووطء المحرم والصائم كله حرام ، وثبت به الحرمة المذكورة ، فعلم أن المعتبر في الأصل ذات الوطء ، من غير نظر لكونه حلالا أو حراما .

د - النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة ، فأفسده الوطء الحرام كالإحرام .
هذا واعتبر الحنفية المس ، والنظر إلى الفرج بشهوة ، من كل منهما إلى الآخر ، كالوطء ، لأنهما سبب داع إليه ، فيقامان مقامه في موضع الاحتياط .
[المغني : ١١٧/٧ - ١١٨ ، الهداية وشروحها : ٣٦٥ - ٣٦٧]

فائدة : ذكر في المغني [١١٨/٧] أن الوطء على ثلاثة أضرب :

أ - مباح : وهو الوطء في نكاح صحيح ، فثبت به الحرمة والنسب والمحرمية بالإجماع .

ب - وطء شبهة : وهو الوطء بنكاح فاسد أو من ظن أنها امرأته ، وثبت به الحرمة بالإجماع ، ويثبت به النسب ، ولا تثبت به المحرمية .

ج - الحرام المحض : وهو الزنا ، وثبت به الحرمة على الخلاف المذكور ، ولا يثبت به نسب ولا محرمية بالإجماع .

المسألة السادسة والعشرون : شهادة الحدود في القذف إذا تاب :

اتفقت المذاهب الأربعة على أن من قذف مسلما بالزنا ، وأقيم عليه الحد ولم يكذب نفسه ولم يتب ، أنه لا تقبل شهادته . واختلفوا في قبول شهادته إذا تاب بعد ما أقيم عليه الحد ؟ .

(١) المذنب : العلة التي يتعلق بها الحكم .

١ — ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى قبول شهادته إذا تاب وأصلح . قالوا : وتوبته إكذاب نفسه .

فذكر مالك في الموطأ [٧٢١/٢] : أن الذي يجلد الحد ، ثم تاب وأصلح تجوز شهادته .

وقال الشافعي في الأم [٤١/٧] : وتقبل شهادة المجدودين في القذف وفي جميع المعاصي إذا تابوا .

وقال ابن قدامة في المغني [١٧٨/ ١٠] : وإذا تاب القاذف قبلت شهادته .

٢ — وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى أنه لا تقبل شهادته وإن تاب . قال في بداية المتدي [٢٩/٦] : ولا تقبل شهادة المحدود في قذف وإن تاب .

الأدلة :

١ — حجة مالك رحمه الله تعالى إجماع أهل المدينة الذي يشهد له ظاهر القرآن الكريم .

جاء في الموطأ [٧٢١/٢] : قال يحيى : عن مالك : أنه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره : أنهم سئلوا عن رجل جلد الحد ، أتجوز شهادته ؟ فقالوا : نعم ، إذا ظهرت منه التوبة . وحدثني مالك أنه سمع ابن شهاب يسأل عن ذلك فقال مثل ما قال سليمان بن يسار . قال مالك : وذلك الأمر عندنا . وذلك لقول الله تبارك وتعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون » . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم » / النور : ٤ ، ٥ . قال مالك : فالأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن الذي يجلد الحد ، ثم تاب وأصلح ، تجوز شهادته ، وهو أحب ما سمعت إلي في ذلك . هـ قال الزرقاني [٣٧٧/٤] : لأنه ظاهر الآية .

٢ - واحتج الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى بالآية الكريمة : « والذين يرمون المحصنات » .

وجه استدلالهم بالآية : أن الله سبحانه وتعالى ذكر القاذفين وأمر بجلدهم ورد شهادتهم ووصفهم بالفسق ، ثم بين سبحانه : أن ذلك يرتفع عنهم ، إذا تابوا من ذنبهم ، وأكذبوا أنفسهم ، وأصلحوا في عملهم ، فقال سبحانه : « إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم » .

وهذا بناء على رأيهم في أن الاستثناء بعد الجمل المتعاطفة يعود على جميع الجمل قبله ^(١) .

قال في الأم [٤١/٧] : والحجة في قبول شهادة القاذف : أن الله عز وجل أمر بضربه وأمر أن لا تقبل شهادته ، وسماه فاسقاً ، ثم استثنى له إلا أن يتوب . والاستثناء في سياق الكلام على أول الكلام وآخره في جميع ما يذهب إليه أهل الفقه إلا أن يفرق بين ذلك خبر ، وليس عند من زعم أنه لا تقبل شهادته - وأن الثنيا ^(٢) له إنما هي على طرح اسم الفسق عنه - خبر ، إلا عن شريح ، وهم يخالفون شريحاً لرأي أنفسهم . هـ وذكر أن هذا مذهب عمر وابن عباس رضي الله عنهم .

٣ - وهذا ولقد ذكر ابن قدامة في المغني [١٧٨/١٠ - ١٧٩] قريباً مما ذكره الشافعي رحمه الله تعالى عن الاحتجاج بالآية .

٤ - وأما أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : فإنهم احتجوا بالآية أيضاً فقالوا : قال الله تعالى : « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً » . فنص سبحانه وتعالى على الأبد ، والأبد هو ما لا نهاية له ، والتنصيص عليه ينافي أن تقبل شهادتهم في

(١) هذا يتعلق ببحث التخصيص بالاستثناء بعد الجمل المتعاطفة بالواو . ولمعرفة رأي الأئمة في ذلك وأدلتهم انظر : رسالة أثر الاختلاف في القواعد الأصولية للدكتور مصطفى سعيد الخن ص ١٧٨ .

(٢) الثنيا : بضم الشاء ، اسم من الاستثناء (المصباح) .

وقت ما من الأوقات • والضمير في قوله تعالى : « لهم » يعود على المحدودين في القذف ، وبالتوبة لم يخرج أحدهم عن كونه محدوداً في قذف ، فلا تقبل شهادته على التأييد وإن تاب • وأما الاستثناء في قوله تعالى : « إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا » ، فإنه يرفع اسم الفسق عن القاذف إذا تاب ، ولا يرفع رد الشهادة ، لأن الاستثناء بعد الجمل المتعاطفة - حيث لا قرينة - ينصرف إلى الجملة الأخيرة عندهم •

وربما دعموا قولهم هذا بأن الأصل هو الحد ، ورد الشهادة من تمام الحد ، لكونه مانعاً عن القذف كالجلد ، والحد لا يسقط بالتوبة بل يجلد وإن تاب ، فكذلك لا يسقط تمامه وهو رد الشهادة ، اعتباراً بالأصل ، فلا تقبل شهادته وإن تاب • [الهداية وشروحها : ٢٩/٦] •

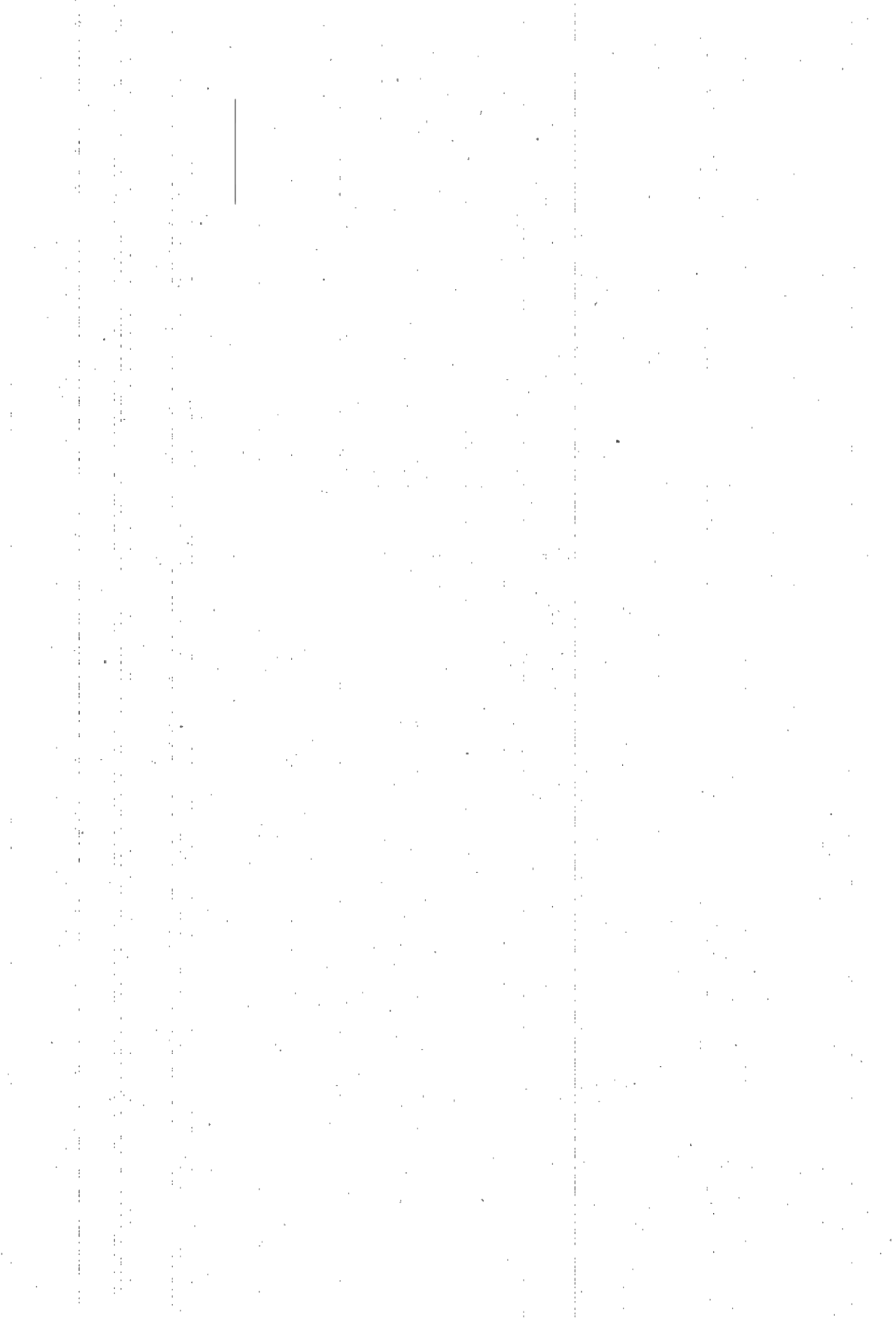


الباب السابع
في
الاحتجاج بشرع من قبلنا
وأثره

ويحتوي على فصلين

الفصل الأول : الاحتجاج بشرع من قبلنا

الفصل الثاني : أثر الاحتجاج بشرع من قبلنا



الفصل الأول

في

الاحتجاج بشرع من قبلنا

وفيه بيان

- موقف الشريعة الإسلامية من الشرائع قبلها وتحرير محل النزاع
- مذاهب العلماء في حجية هذا الدليل وأدلتهم

موقف الشريعة الإسلامية من الشرائع قبلها وتحرير محل النزاع :

المراد بشرع من قبلنا : ما نقل إلينا من أحكام تلك الشرائع التي كانوا مكلفين بها ، على أنها شرع الله عز وجل لهم ، وما بينه لهم رسالهم عليهم الصلاة والسلام . فهذه الأحكام التي نقلت إلينا من شرائعهم : هل النبي ﷺ - بعد البعثة (١) - والأمة من بعده مكلفون باتباعها ومتعبدون بها أو لا ؟

لا بد قبل الإجابة عن هذا ، وبيان مذاهب الأئمة وأدلتهم ، من تحرير محل الخلاف فيه فأقول :

لا خلاف بين المسلمين : أن الشريعة الإسلامية قد نسخت جميع الشرائع السابقة على وجه الإجمال . قال الله تعالى : «ومن يتبع غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين » / آل عمران : ٨٥ / .

كما أنه لا خلاف : أنها لم تنسخ جميع ما جاء في تلك الشرائع على وجه التفصيل ، إذ لم ينسخ وجوب الإيمان بالله تعالى ، وتحريم الزنا والسرقة والقتل والكفر ، فكل نبي دعى لهذا بأمر من الله تعالى ، وكذلك نبينا عليه وعليهم أفضل الصلاة والسلام ، والنصوص على ذلك متضاربة ومتوافرة .

كذلك لا خلاف : أن ما نقل إلينا من شرائع من قبلنا في كتب أصحاب تلك الشرائع أو على السنة أتباعها ، لا خلاف أنها ليست بحجة علينا ولا يجب العمل بها بل ولا يجوز ، لأن هذا النقل لا يعتد به ، لما وقع في كتبهم من تغيير وتحريف ، ولأن غير المسلم لا يوثق به في نقل شريعة المسلم إليه ، بل لا يوثق به حتى في نقل ما هو شرع على ادعائه . قال الله تعالى : « وإن منهم لفرقة بلوون ألستهم بالكتاب

(١) لم أتعرض لبحث : هل النبي ﷺ عليه وسلم كان مكلفاً قبل البعثة باتباع شرع أحد أو لا ؟ لأنني رأيت أنه لا فائدة عملية في ذلك ، لها علاقة بموضوعنا ، وللغائدة انظر : العنود : ٢٨٦/٢ .

لتحسبوه من الكتاب وما هو من الكتاب ويقولون هو من عند الله وما هو من عند الله ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون» / آل عمران : ٧٨ / .

وأما ما نقل إلينا من أحكام هذه الشرائع في القرآن الكريم ، أو السنة الثابتة الصحيحة ، فلا شك أن هذا نقل صحيح يعتد به ، ولكن المنقول حينئذ ثلاثة أنواع :

١ - قد تنقل هذا الأحكام مقترنة بما يدل على أنها مشروعة في حقنا . فمثل هذه الأحكام ملزمون بالعمل بها ومطالبون - بمقتضى أصولنا - بلا خلاف . وذلك كما في مشروعية الصوم ، إذ يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » / البقرة : ١٨٣ / . وكمشروعية الأضحية ، لقوله ﷺ : (ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم) (١) .

٢ - قد تنقل إلينا مقترنة بدليل على أنها منسوخة في حقنا ، فلا خلاف أيضاً أن مثل هذا ليس بشرع لنا ، ولا يجوز العمل بمقتضاه . وذلك كما في قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم » . وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون » / الأنعام : ١٤٥ - ١٤٦ / . وكما في قوله ﷺ : (وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي) (٢) .

(١) روى الإمام أحمد في مسنده وابن ماجه في سننه عن زيد بن أرقم رضي الله عنهما قال : (قال أصحاب رسول الله ﷺ : يا رسول الله : ما هذه الأضاحي ؟ قال : سنة أبيكم إبراهيم ، قالوا : فما لنا فيها يا رسول الله ؟ قال : بكل شعرة حسنة . قالوا : فالصوف يا رسول الله ؟ قال : بكل شعرة من الصوف حسنة) . سنن ابن ماجه : ١٠٤٥/٢ ، الفتح الرباني : ٥٧/١٣ ، واحاديث طلب الاضحية كثيرة .

(٢) البخاري : ٨٧/١ ، ومسلم : ٣٧٠/١ .

٣ - ما قصه الله تعالى علينا من شرائع من قبلنا من غير إنكار ، أو قصه رسول الله ﷺ كذلك ، ولم يدل دليل على أنها منسوخة في حقنا أو مشروعة . وذلك كما في قوله تعالى مخبراً عن التوراة : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والألف بالألف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » / المائدة : ٤٥ / .

وكما في قوله تعالى : « ونبتهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » / القمر : ٢٨ / .

وهذا النوع الثالث هو محل الخلاف : هل هذه الأحكام شرع لنا وملزمون بالعمل بها ، أو أنها نقلت إلينا على سبيل الإخبار ، وليس علينا امتثالها ولا الاقتداء بها ، ولا القياس عليها (١) ؟

مذاهب العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا :

١ - المختار عند الحنفية والمالكية : أنها شرع لنا ، وأنها حجة يلزمنا العمل بها (٢) .

قال في المنار : وشرائع من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله علينا من غير إنكار . وقال ابن الحاجب : المختار أنه - أي النبي ﷺ - بعد البعث متعبد بما لم ينسخ .

٢ - والمختار عند الشافعية : أنها ليست شرعاً لنا ، وليست بحجة ، ولا يلزمنا العمل بها .

قال الزنجاني : شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا عند الشافعي رضي الله عنه . وقال الغزالي : وهو المختار . وقال المحلي : والمختار بعد النبوة المنع من تعبد به بشرع من قبله .

(١) المستصفى : ١/١٣٣ ، كشف الأسرار : ٣/٢١٢ ، المضد : ٢/٢٨٦ .

(٢) لم أتعرض للخلاف : هل تلزمنا على أنها شريعة ذلك النبي ، أو على أنها شريعة لنبينا ﷺ ، لعدم الفائدة العملية . وانظر المنار وشروحه : ٧٣٢ .

٣ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان ، قال ابن قدامة المقدسي : شرع من قبلنا - إذا لم يصرح شرعنا بنسخه - هل هو شرع لنا ، وهل كان النبي ﷺ متعبداً بعد البعثة باتباع شريعة من قبله ؟ فيه روايتان :

إحداهما : إنه شرع لنا ، اختارها التميمي . والثانية : ليس بشرع لنا ^(١) .

الأدلة :

١ - احتج القائلون : إنها شرع لنا بالكتاب والسنة والمعقول :

١ - أما الكتاب :

- فقوله تعالى في حق الأنبياء عليهم الصلاة والسلام : « أولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده » / الأنعام : ٩٠ . فقد أمر الله تعالى نبيه ﷺ بالاقتداء بهداهم ، وشرعهم من هداهم - لأن الهدى اسم للإيمان والشرائع جميعاً ، فالاهتداء لا يقع إلا بهما - فوجب عليه ﷺ اتباع شرعهم ، وما كان واجباً في حقه كان واجباً في حقنا .
- قوله تعالى : « ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً » / النحل : ٢٣ / فقد أمر الله تعالى نبينا عليه الصلاة والسلام أن يتبع ملة إبراهيم عليه السلام ، والأمر للوجوب ، والملة هي الشريعة .

- وقوله : « إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح » / النساء : ١٦٣ / .
وقوله تعالى : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » / الشورى : ١٣ / .
فالدين اسم لما يدان الله تعالى به من الإيمان والشرائع ، فدلّت الآيات على وجوب اتباعنا لشريعة نوح عليه السلام ومن ذكر بعده .

(١) المراجع السابقة ، تخرج الفروع على الأصول : ١٩٨ ، شروح المنار : ٧٣٢ روضة الناظر : ٨٢ ، شرح المحلى على جميع الجوامع مع حاشية ابن قاسم العبادي ١٩٢/٤ .

— قوله تعالى : « إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا » / المائدة : ٤٤ / • والنبي ﷺ من جملة النبيين ، فوجب عليه الحكم بها •
 — قوله تعالى : بعد ذكر التوراة وأحكامها : « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » / المائدة : ٤٤ / •

واما السنة :

١ — ما روي أنه ﷺ طلب منه القصاص في سن كسرت فقال : (كتاب الله يقضي بالقصاص)^(١) وليس في القرآن ما يقضي بالقصاص في السن إلا ما حكى عن التوراة في قوله تعالى : « والسن بالسن » / المائدة : ٤٥ / • ولولا أنه متعبد بشرع من قبله لما صح الاستدلال بكون القصاص واجبا في دين بني إسرائيل على كونه واجبا في دينه •

٢ — ما روي أنه ﷺ قال : (من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها • وتلا قوله تعالى : « وأقم الصلاة لذكري »^(٢)) / طه : ١٤ / • وهو خطاب مع موسى عليه السلام ، فاستدل العلماء من ذلك على أن الصلاة تجب عند التذكير ، وإلا لم يكن لتلاوته فائدة ، وذلك دلالة الإيحاء^(٣) ، ولو لم يكن هو وأمته متعبدين بما كان موسى عليه السلام متعبداً به في دينه لما صح الاستدلال •

٣ — ما روي عن النبي ﷺ من مراجعته التوراة في رجم اليهوديين •
 [البخاري : ٢٠٥ / ٨] •

واما المقول :

فهو : أن الرسول الذي كانت الشريعة منسوبة إليه ، لم يخرج عن كونه رسولا يبعث رسول آخر بعده ، فكذا شريعته لا تخرج من أن تكون معمولا بها

(١) [البخاري : ٣٤٣ / ٣ ، سنن أبي داود : ٥٠٣ / ٢ ، سنن النسائي : ٢٦ / ٨] •

(٢) أخرجه أبو داود في سننه : ١٠٣ / ١ [بخاري : ١٤٦ / ١ ، مسلم : ٤٧٧ / ١] •

(٣) دلالة الإيحاء هي : دلالة اللفظ على لازم مقصود للمتكلم • [انظر اثر الاختلاف في القواعد الأصولية : ص : ١٣٩] •

يبعث رسول آخر ، مالم يقيم دليل النسخ لها ، وذلك أن ما ثبت شريعة لرسول فقد ثبتت حقيقته وكونه مرضياً عند الله تعالى ، وإنما يبعث الرسول ليبين ما هو مرضي عند الله عز وجل ، فما علم كونه مرضياً يبعث رسول لا يخرج عن أن يكون مرضياً يبعث رسول آخر ، وإذا بقي مرضياً كان معمولاً به كما كان قبل بعث الرسول الثاني ، وكان بعث الثاني مؤيداً لها ، وإلى هذا يشير قوله تعالى : « لا نفرق بين أحد من رسله » / البقرة : ٢٨٥ / وقوله : « وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه » / المائدة : ٤٨ / وبهذا يتبين أن الأصل في شرائع الرسل عليهم السلام الموافقة ، إلا إذا ظهر تغيير حكم بدليل النسخ ^(١) .

ادلة القائلين بأنها ليست شريعة لنا :

احتج المانعون من كون الشرائع السابقة شريعة لنا بما يلي :

١ - بالكتاب : وهو قوله تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » / المائدة : ٤٨ / فالشرعة الشريعة والمنهاج الطريق . قالوا : وهذا يقتضي أن يكون كل نبي داعياً إلى شريعته ، وأن تكون كل أمة مختصة بشريعة جاء بها نبيهم . كما يدل على عدم اتباع الأخير لمن تقدم من الأنبياء ، لأن الشريعة لا تضاف إلا لمن اختص بها دون التابع لها .

٢ - بالسنة : وهو أنه ﷺ (لما بعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن قال له : بم تحكم ؟ قال : بكتاب الله . قال فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله . قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيي . فقال رسول الله ﷺ : الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يحب الله ورسوله) . [الترمذي : ٣٩٨/٢]

وجه الاستدلال أن معاذاً رضي الله عنه ، ذكر اجتهاده رأيه إذا لم يجد في كتاب الله أو سنة نبيه حكم الحادثة التي يحكم بها ، ولم يذكر التوراة والإنجيل أو غيرهما من شرع من قبلنا ، والنبي ﷺ أقره على ذلك وصوبه ودعا له ، كما ذكر في الحديث ،

(١) المستصفى : ١٣٤/١ ، كشف الاسرار : ٢١٣/٣ ، الإحكام : ١٢٥ / ٤ ،
العضد : ٢٨٦/٢ .

ولو كانت شرائع من قبلنا مدركا من مدارك الأحكام الشرعية لجرى مجرى الكتاب والسنة في وجوب الرجوع إليها ، ولم يجز العدول عنها إلى الاجتهاد بالرأي إلا بعد البحث عنها ، واليأس من معرفتها ، ولذكرها معاذ رضي الله عنه قبل أن يذكر اجتهاده رأيه ، ولم يصوبه رسول الله ﷺ عند تركها ، والالزامان منتفیان ، أي وجوب الرجوع أو عدم العدول عنها منتفیان ، فثبت أنها ليست بشرع لنا (١) .

٣ - بالإجماع :

أ - أجمع المسلمون قاطبة على أن شريعة محمد عليه الصلاة والسلام ناسخة لشريعة من تقدم ، فلو كان متعبدا بها لكان مقررا لها ومخبرا عنها ، لا ناسخا لها ، وهو محال وخلاف الإجماع .

ب - أجمع المسلمون كذلك على أن هذه الشريعة شريعة رسولنا ﷺ بجملة ، ولو كان متعبدا باتباع شرع من قبله : إما في الكل لما نسب إليه شيء من شرعنا ، وإما في البعض لما نسب إليه كل الشرع ، كما أنه لا ينسب شرعه عليه السلام إلى من هو متعبد بشرعه من أمته ، ولكان ﷺ صاحب نقل لا صاحب شرع ، وهو خلاف الإجماع من المسلمين .

٤ - بالعقول :

أ - لو كان النبي ﷺ متعبدا بشرائع من قبله للزمه مراجعتها والبحث عنها ، ولكن لا ينتظر الوحي ، ولا يتوقف في أحكام الوقائع التي لا تخلو الشرائع الماضية عنها ، كالظهار والموايرث وغيرها ، ولرجع إليها أولا . ولا خلاف أن هذا لم يحصل ، إذ لم ينقل لنا شيء من ذلك ، فإما لاندراسها وتحريفها ، وهذا يمنع التعبد بها ، وإما لأنه ﷺ غير متعبد بها أصلا .

وأما مراجعته ﷺ التوراة في رجم اليهوديين فليعرفهم أن ذلك ليس مخالفا لدينهم .

(١) كشف الأسرار : ٢١٣/٣ - ٢١٤ ، الإحكام : ١٢٣/٤ ، ١٢٩ ، المستصفى :

١٣٣ ، تخریج الفروع على الأصول : ١٩٨ .

ب - لو كانت شرائع من قبلنا مدركا من مدارك الأحكام ، لكان تعلمها ونقلها وحفظها من فروض الكفايات ، كالقرآن والأخبار ، ولوجب أيضا على الصحابة مراجعتها والبحث عنها والسؤال لنقلها ، عند حدوث الوقائع المختلف فيها فيما بينهم ليتعرفوا حكمها ، وحيث لم ينقل عن واحد منهم - مع طول أعمارهم وكثرة وقائعهم واختلافاتهم - مراجعة التوراة أو غيرها ، ولا سيما وقد أسلم من أخبار أهل الكتاب من تقوم الحجة بقولهم ، علم أنهم غير متعبدین بها . كيف والرجوع إلى الرأي لا يجوز إلا بعد اليأس من النقل فكيف يرجعون إليه قبل العلم به ؟ لولا أنهم علموا أنها ليست شرعا لهم .

[الإحكام : ١٢٤/٤ ، المستصفى : ١٣٣/١ - ١٣٤ ، العضد : ٢٨٧/٢ ، تخريج الفروع على الأصول : ١٩٨]

ج - إن الأصل في الشرائع الماضية الخصوص ، قال عليه الصلاة والسلام : (وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعث إلى الناس عامة) (١) . يوضح هذا أن بعث الرسول ليس إلا لبيان ما للناس في حاجة إلى بيانه ، وإذا لم تجعل شريعة رسول منتهية ببعث رسول آخر ، ولم يأت الثاني بشرع مستأنف ، لم يكن بالناس حاجة إلى البيان عند بعث الرسول الثاني ، لكونه مبينا عندهم بالطريق الموجب للعلم ، فلم يكن في بعثه فائدة ، والله تعالى لا يرسل رسولا بغير فائدة ، وعلى هذا يثبت أن الاختصاص في الشرائع الماضية هو الأصل .

ومن ناحية أخرى فإن شريعة من قبلنا كانت تحتل الخصوص في المكان ، أي قد كانت مختصة بمكان معين حين وجب العمل بها على أهل ذلك المكان دون مكان آخر ، كرسولين بعثا في زمان واحد في مكانين ، مثل شعيب وموسى عليهما السلام ، فإن شريعة شعيب كانت مختصة بأهل مدين وأصحاب الأيكة ، وشريعة موسى عليه السلام كانت مختصة ببني إسرائيل ومن بعث إليهم ، ولم يكن أحدهما تبعا للآخر ، كإبراهيم ولوط عليهما السلام .

(١) البخاري : ٨٧/١ ، ومسلم : ٣٧٠/١ .

وإذا كانت تحتمل الخصوص في المكان ، وثبت أنه كان في المرسلين من يكون وجوب العمل بشريعته على أهل مكان دون أهل مكان آخر ، وأن ذلك كان مرضيا عند الله تعالى ، علمنا أنه يجوز أن يكون وجوب العمل بها على أهل زمان دون أهل زمان آخر ، وأن ذلك الشرع يكون منتها ببحث نبي آخر ، وإذا كان يجوز اجتماع النبيين في زمن واحد في مكانين على أن يدعو كل منهما إلى شريعته ، جاز مثل ذلك في زمانين ، وأن يدعو المبعوث آخر إلى العمل بشريعته ، ويأمر الناس باتباعه ، ولا يدعو إلى العمل بشريعة من قبله ، وبهذا يتبين أن الاختصاص أصل في شرائعهم إلا بدليل • [كشف الأسرار : ٣/٢١٤]

رأي :

وبعد عرض هذا الدليل - شرع من قبلنا - ومذاهب العلماء في حجته ودليل القائلين به والنافين له ، يبدو لي أن الخلاف فيه ليس كبير أثر ، ويقرب أن يكون خلافا لفظيا ، وذلك كما يظهر من خلال الفروع الفقهية التي ذكر فيها الاحتجاج أو الأخذ بشرع من قبلنا ، حيث إننا نجد القائلين بأنه حجة يلزمنا العمل بها ، قلما يحتجون به في مسألة إلا ويعضدون احتجاجهم هذا بدليل آخر ثابت في شرعنا ، ومقبول لدى الجميع على وجه الإجمال ، كما أننا نجد القائلين بنفيه كثيرا ما يستأنسون بنصوص تذكر أحكاما وردت في شرع من قبلنا ، وإن كانوا لا يعتمدونها أصلا في المسألة •

وعلى كل فقد وجدت فروع عدة مختلف فيها بين المذاهب ، وكان مبنى الخلاف في الظاهر اعتبار هذا الدليل وعدم اعتباره ، مما يجيز لنا أن نعتبره من الأدلة التي كان لها أثر في اختلاف المذاهب • وسنعرض إن شاء الله تعالى في الفصل الثاني بعضا من هذه الفروع •



الفصل الثاني

أثر الاحتجاج بشرع من قبلنا

وفيه المسائل التالية :

- ١ - حكم الجمالة
- ٢ - الكفالة بالنفس
- ٣ - ضمان ما تفسده النواب المرسلة
- ٤ - القسمة مهياة
- ٥ - جفل النفقة مهرا
- ٦ - قتل الذكر بالأنثى
- ٧ - الأفضل في الأضحية
- ٨ - نذر ذبح الولد أو نحره

المسألة الأولى : حكم الجعالة :

الجعل والجعالة : هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على حذق المتعلم ، والناشد على وجود العبد الآبق ، أي الهارب .

وقد اختلف العلماء في جواز هذا العقد :

١ - ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى جوازه ، وإن اختلفوا في بعض شروطه .

جاء في الموطأ [٢/٦٨٦] : قال مالك : في الرجل يعطي الرجل السلعة يبيعها له ، وقد قومها صاحبها قيمة ، فقال : إن بعثتها بهذا الثمن الذي أمرتك به فلك دينار ، أو شيء يسميه له ، يتراضيان عليه ، وإن لم تبعها فليس لك شيء : إنه لا بأس بذلك إذا سمى ثمننا يبيعها به ، وسمى أجرا معلوما ، إذا باع أخذه وإن لم يبع فلا شيء له .

قال مالك : مثل ذلك أن يقول الرجل للرجل : إن قدرت على غلامي الآبق أو جئت بجملتي الشارد فلك كذا . فهذا من باب الجعل وليس من باب الإجارة ، ولو كان من باب الإجارة لم يصلح . [وانظر الشرح الكبير : ٤/٦٠ - ٦٣]

وجاء في الأم [٣/٢٩٤] : ولا جعل لأحد جاء بآبق ولا ضالة إلا أن يكون جعل له فيه ، فيكون له ما جعل له ، وسواء في ذلك من يعرف بطلب الضوال ومن لا يعرف به .

وقال ابن قدامة [المغني : ٥/٤٠٠ ، ٤١٢] : قال ابن أبي موسى : لا بأس بمشاركة الطبيب على البرء . وقال : فإن الإجارة لا بد فيها من مدة أو عمل معلوم ، فأما الجعالة فتجوز على عمل مجهول : كرد اللقطة والآبق . وقال : والجعالة أوسع من الإجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل والمدة .

٢ - ذكر ابن رشد [بداية المجتهد : ٢ / ٢٣٣] : أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال : لا يجوز • ه وهذا ما يدل عليه كلامهم في شروط الإجارة وإنه لم يصرحوا به (١) •

الأدلة :

ذكر ابن رشد أن عمدة من أجاز الجعل :

١ - قوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » / يوسف : ٧٢ / • ومعلوم أن هذا الخطاب وارد في شرع من قبلنا ، وهو يستقيم دليلا للمالكية والحنابلة ، لأن من أصولهم أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نسخه • وأما الشافعية فلا يستقيم لهم الاستدلال به ، وإنما يستأنس بها استئناسا كما قال في مغني المحتاج ، فإنه ذكر الدليل على جواز الجعل ثم قال : ويستأنس لها بقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير » • قال : ولم أستدل بالآية لما قدمته في غير هذا الباب (٢) : أن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا ، وإن ورد في شرعنا ما يقرره •

٢ - خبر أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه رقى رجلا بالفاتحة على قطع من الغنم وشارطه على البرء • [البخاري : ٣ / ١٢١ ، مسلم : ٤ / ١٧٢٧]
[المغني : ٥ / ٤٠٠ ، مغني المحتاج : ٢ / ٤٢٩ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٣٣]

وأما الذين منعه : فحجتهم في هذا الفرر الذي فيه ، لأنه إجارة ، والإجارة تفسدها جهالة المنفعة المعقود عليها ، والجعالة عقد على منفعة مجهولة ، فلا تصح • قال في الهداية : ولا تصح - أي الإجارة - حتى تكون المنفعة معلومة ، والأجرة معلومة ، وذلك أن الجهالة في المعقود عليه تفضي إلى المنازعة ، فلا تصح ، كجهالة المثلن في البيع •

[الهداية وشروحها : ٧ / ١٤٨ ، وانظر بداية المجتهد : ٢ / ٢٣٢ وبدائع الصنائع : ٦ / ٢٥٧٩]

(١) انظر بدائع الصنائع : ٦ / ٢٥٧٩ وما بعدها .

(٢) تكلم عن هذا في باب الضمان : ٢ / ١٩٨ .

المسألة الثانية : الكفالة بالنفس :

اختلف العلماء في صحة الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال ، وهي ما يسمى بضمان الوجوه ، وهو : التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة إليه .

١ - ذهب مالك وأحمد وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم إلى جوازها .
قال في الشرح الكبير [٣٤٤/٣ - ٣٤٦] : وصح أي الضمان بالوجه ، أي الذات ، أي بإحضارها لرب الدين عند الحاجة ، فلا يصح إلا إذا كان على المضمون دين ، لا في نحو قصاص .

وقال الخرقي [المغني : ٤/٤١٥ - ٤١٦] : ومن كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها . قال ابن قدامة : وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم ، سواء كان الدين معلوما أو مجهولا .
وقال في الدر المختار [٥/٢٨١ - ٢٨٥] : هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة مطلقا : بنفس ، أو بدين ، أو عين .

٢ - وعن الشافعي رحمه الله تعالى : قولان ، والمذهب صحتها .
قال في المنهاج [٢/٢٠٣] : المذهب صحة كفالة البدن . . . والمذهب صحتها ببدن من عليه عقوبة لادمي كقصاص ، وحد قذف ، ومنعها في حدود الله تعالى .
قال في مغني المحتاج : وفي قول لا تصح .

وجاء في الأم [٣/٢٠٤] : والكفالة بالنفس على الخيار لا تجوز ، وإذا جازت بغير خيار فليس يلزم الكافل بالنفس مال إلا أن يسمى مالا كفل به . ولا تلزم الكفالة بحد ولا قصاص ولا عقوبة ، لا تلزم الكفالة إلا بالأموال . ولو كفل له بما لزم رجلا في جروح عمد : فإن أراد القصاص فالكفالة باطلة ، وإن أراد أرش الجراح فهو له والكفالة لازمة ، لأنها كفالة بمال .

٣ - وقال داود الظاهري : إنها لا تجوز . [بداية المجتهد : ٢/٢٩١]

الأدلة :

١ - احتج القائلون بجوازها إجمالا : بعموم قوله ﷺ : (الزعيم غارم) [أبو داود : ٢/٢٦٦] ووجه الاستدلال به : أن كلمة (الزعيم) معناها الكفيل ، وهي تشمل الكفيل بالمال والكفيل بالبدن .

واحتج الحنابلة بقوله تعالى : « لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به » / يوسف : ٦٦ / • ومعلوم أن هذا الخطاب وارد في شرع من قبلنا ، فهو وارد على لسان يعقوب عليه السلام •

واستأنس الشافعية أيضا بهذه الآية ، قال في مغني المحتاج : واستأنس لها بقوله تعالى : « لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به » • ولم يقل : واستدل لأنه من المعلوم أن الشافعية لا يقولون بالاستدلال بشرع من قبلنا •

كما استدل الحنفية أيضا في هذه المسألة بما ورد في شرع من قبلنا • قال ابن عابدين : وقد استدل في الفتح لشرعيتها بقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » / يوسف : ٧٢ / • ومعلوم أيضا أن هذا الخطاب وارد في شرع من قبلنا • فهو وارد على لسان يوسف عليه السلام • وهذا استدلال على أصل الكفالة كما ترى •

٢ — وأما القائلون بمنعها : فحجتهم في ذلك قوله تعالى : « معاذ الله أن تأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده » / يوسف : ٧٩ / • [المراجع السابقة] وهذا أيضا احتجاج بشرع من قبلنا ، لأنه وارد على لسان يوسف عليه السلام •

المسألة الثالثة : ضمان ما تفسده الدواب المرسلة :

اختلف العلماء في ضمان ما تفسده المواشي والدواب المرسلة :

١ — ذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أن ما أفسدته ليلا فهو مضمون على أصحابها ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته في النهار •

قال ابن رشد [بداية المجتهد] : ومن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك • وقال في المنهاج [٢٠٦/٤] : وإن كانت الدابة وحدها فأثقلت زرعا أو غيره نهارا لم يضمن صاحبها ، أو ليلا ضمن •

وقال الخرقى [المغني : ١٨٧/٩] : وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها ، وما أفسدت من ذلك نهارا لم يضمنوه • قال ابن قدامة : يعني إذا لم تكن يد أحد عليها •

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم إلى أنه لا ضمان على أصحابها مطلقاً . قال في الهداية [٣٥١/٨] : ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدمياً ، ليلاً أو نهاراً ، لا ضمان على صاحبها .

٣ - وقال الليث : أكل دابة مرسله فصاحبها ضامن لما أفسدته بالأقل ممن قيمتها وما أفسدته ، ليلاً كان ذلك أو نهاراً^(١) .

الأدلة :

١ - ذكر ابن رشد في بداية المجتهد [٣١٨/٢] : أن عمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيثان :

أ - قوله تعالى : « وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفثت فيه غم القوم » / الأنبياء : ٧٨ / . قال : والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا .

ومعلوم أن الشافعي رحمه الله تعالى لا يرى هذا الرأي ، فلا يصلح هذا الاستدلال للشافعي ، وإنما يصلح لمالك فقط ، لأنه يحتج بشرع من قبلنا كما علم ، وعذر ابن رشد في الاحتجاج بها لمذهب الشافعي أنه يراهم يستأنسون بمثل هذا النوع من الدليل كما رأينا .

ب - الدليل الثاني الذي ذكره ابن رشد معتمداً لهما في هذا الباب : هو الحديث المرسل الذي ذكره مالك في الموطأ [٧٤٧/٢] عن ابن شهاب عن حرام بن سعد بن محيصة : أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله ﷺ : أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها .

وهذا الحديث هو عمدة الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى فيما ذهبوا إليه ، على ما ذكرته كتب المذهب .

(١) بداية المجتهد : ٣١٧/٢ ، المفني : ٢٠٦/٤ .

قال في معني المحتاج مستدلاً لهذا الحكم : لتقصيره بإرسالها ليلاً بخلافه
نهاراً ، للخبر الصحيح في ذلك • رواه أبو داود [٢٦٧/٢] وغيره •

وقال ابن قدامة : ولنا - فذكر الحديث - ثم قال : قال ابن عبد البر : إن
كان هذا مرسلًا فهو مشهور ، حدث به الأئمة الثقات ، وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول •
ودعم الشافعية والحنابلة قولهم هذا : بأن العادة من أهل المواشي إرسالها في
النهار للرعي وحفظها ليلاً ، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل ، فإذا
ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها المعتاد في وقته ، وإن أتلفت نهاراً
كان التفريط من أهل الزرع ، فكان عليهم •

قال ابن قدامة : وقد فرق النبي ﷺ بينهما ، وقضى على كل إنسان بالحفظ
في وقت عادته • وقال في معني المحتاج : وهو على وفق العادة في حفظ الزرع
ونحوه نهاراً والدابة ليلاً ، ولو تعود أهل البلد إرسال البهائم أو حفظ الزرع ليلاً
دون النهار انعكس الحكم ، فيضمن مرسلها ما أتلفته نهاراً دون الليل ، اتباعاً لمعنى
الخبر والعادة • [المغني : ١٨٨/٩ ، معني المحتاج : ٢٠٦/٤]

٢ - وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى : فحجته في عدم الضمان مطلقاً قوله ﷺ :
(جرح العجماء جبار) [البخاري : ١٥/٩ ، أبو داود : ٥٠٢/٢] قال محمد رحمه
الله تعالى : هي المنفلة • [فتح القدير : ٣٥١/٨]

٣ - وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدته ليلاً ونهاراً شهادة الأصول له ،
وذلك أن إرسالها تعد من المرسل ، والأصل أن المتعدي عليه الضمان •
[بداية المجتهد : ٣١٨/٢]

المسألة الرابعة : المهايأة في القسمة ، وهي قسمة المنافع :

اتفقت المذاهب الأربعة على جواز قسمة المنافع مهايأة وإن اختلفوا في المدة
التي تجوز لها وما تجوز به •

جاء في متن خليل [٤٩٨/٣ - ٤٩٩] : القسمة تهايؤ في زمن : كخدمة عبد شهراً ،

وسكنى دار سنين ، كالإجارة ، لا في غلة ولو يوماً • قال في الحاشية : أي قسمة
المهاياة جائزة في منافع لا في غلة •

وقال في الدر المختار [٢٦٩/٢] : ولو تهايا على سكنى دار واحد : يسكن
هذا بعضاً وذا بعضاً ، أو هذا شهراً ، وذا شهراً ، أو دارين : يسكن كل داراً ، أو
في خدمة عبد : يخدم هذا يوماً وذا يوماً ، أو عبيدين : يخدم هذا هذا ، والآخر
الآخر ، أو في غلة دار أو دارين كذلك ، صح التهايو في الوجوه الستة •

وقال في مغني المحتاج [٤٢٦/٤] : تقسم المنافع بين الشريكين — كما تقسم
الأعيان — مهاياة : مياومة ومشاهرة ومسانهة ، وعلى أن يسكن أو يزرع هذا مكاناً
من المشترك وهذا مكاناً آخر منه •

وقال ابن قدامة [المغني : ١١٤/١٠ — ١١٥] وإذا طلب أحد الشريكين من
الآخر المهاياة من غير قسمة : إما في الأجزاء بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها
أو بعض الحقل يزرعه ، ويسكن الآخر ويزرع في الباقي ، أو يسكن أحدهما ويزرع
سنة ، ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى ، ولم يجبر الممتنع منهما • قال : إذا ثبت
هذا فإنهما إذا اتفقا على المهاياة جاز • هـ

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المالكية والشافعية والحنابلة قالوا : إذا طلب أحد
الشريكين المهاياه ولم يرض الآخر لا يجبر عليها • وأما الحنفية فإنهم قالوا : يجبر •

الأدلة :

١ — استدل الحنفية بقوله تعالى : « لها شرب ولكم شرب يوم معلوم »
الشعراء : ١٥٥ / •

قال في الهداية [٢٧/٨] : والمهاياة جائزة استحساناً • قال في العناية :
والقياس يأباه ، لأنها مبادلة المنفعة بجنسها ، إذ كل واحد من الشريكين في نوبته
ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته ، ولكننا تركنا القياس
بقوله تعالى : « لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » وهو المهاياة بعينها •

وجاء في كشف الأسرار في معرض الاحتجاج للعمل بشرع من قبلنا : أن محمداً رحمه الله تعالى احتج في تصحيح المهايأة والقسمة بقوله تعالى : « ونبتهم أن الماء قسمة بينهم » / القمر : ٢٨ / • وقوله تعالى : « لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » • قال : ومعلوم أنه ما احتج به إلا بعد اعتقاده بقاء ذلك الحكم شريعة لنبينا عليه السلام ، فإنه يبين أحكام شريعة محمد ﷺ لا شرائع من قبله •

وهذا الكلام صريح في الاحتجاج بشرع من قبلنا طالما أنه لم يرد نسخه في شرعنا ، ولكن على القول : إنها تلزمننا على أنها شرع لنبينا عليه الصلاة والسلام ، وأما المذاهب الأخرى فلم أجد لهم استدلالاً — بخصوص المهايأة — إلا أن المنافع حق للشريكين ، فيجوز فيه ما تراضيا عليه • إلا أن الملاحظ أن أكثرهم استدل على مشروعية القسمة على الإجمال بقوله تعالى : « ونبتهم أن الماء قسمة بينهم » • وذكروا أدلة أخرى سواها • [المغني : ١٠ / ٩٩ ، ابن عابدين ٦ / ٢٥٣] •

المسألة الخامسة : جعل المنفعة مهراً :

اختلف العلماء في جعل المنفعة مهراً :

١ — ذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى جواز جعل المنفعة صداقاً مطلقاً ، إذا كانت تجوز عليها الإجارة ويجوز العوض عنها •

قال الشافعي [الأم : ١٤٤ / ٥] : الصداق ثمن من الأثمان ، فكل ما يصلح أن يكون ثمناً صلح أن يكون صداقاً ، وذلك مثل ، أن تنكح المرأة الرجل على : أن يخط لها الثوب ، ويبنى لها البيت ، ويذهب بها البلد ، ويعمل لها العمل • هـ

وقال ابن قدامة [المغني : ٧ / ٢١٢] : وكل ما جاز ثمناً في البيع ، أو أجرة في الإجارة ، من العين والدين والحال والمؤجل ، والقليل والكثير ، ومنافع الحر والعبد وغيرهما ، جاز أن يكون صداقاً • هـ

٢ — وذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى منعه ابتداءً ، فإذا وقع العقد صح بما وقع به من المنافع ، وذهب أصبغ وسحنون إلى جوازه مطلقاً ، وكرهه ابن القاسم •

قال الدسوقي [٣٠٩/٢] : والحاصل أن القول بالمنع قول مالك ، وهو المعتمد . قال : قال ابن الحاجب : إنه على القول بالمنع النكاح صحيح قبل البناء وبعده ، ويمضي بما وقع به من المنافع للاختلاف فيه ، وهذا هو المشهور . وقال ابن الحاجب أيضاً : وفي كون الصداق منافع — كخدمته مدة معينة أو تعليمه قرآناً — منعه مالك ، وكرهه ابن القاسم ، وأجازة أصبغ ، وإن وقع مضى على المشهور^(١) .

٣ — وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى جواز ذلك ، إذا لم تكن المنفعة خدمة الحر لزوجته ، أو مما لا يستحق عليها الأجر كتعليم القرآن ، فلو تزوجها على شيء من هذا وجب لها مهر المثل .

قال في بداية المبتدي [٤٥٠/٢] : وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة ، أو على تعليم القرآن ، فلها مهر مثلها . وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة . وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته . هـ

وقال ابن عابدين [١٠٦/٣] : قيد بالخدمة ، لأنه لو تزوجها على سكنى داره أو ركوب دابته أو الحمل عليها ، أو على أن تزرع أرضه ، ونحو ذلك من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية . هـ

وقال في الفتح [٤٥١/٢] : والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعاً يجوز التزويج عليها ، وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر . . أو حر آخر في خدمة تستدعي خلوة ، وتعليم القرآن .

قال ابن عابدين [١٠٧/٣] : قال في النهر : واختلفت الروايات في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحصها خدمة وعدمه ؟ فعلى رواية الأصل والجامع : لا يجوز ، وهو الأصح ، وروى ابن سمانة : أنه يجوز . هـ

(١) ذكر في بداية المجتهد [٢٠/٢] : أن المشهور عن مالك الكراهة ، ولذلك رأى فسحه قبل الدخول ، وأجازته من أصحابه أصبغ وسحنون ومنعه ابن قاسم . هـ . وهذا مختلف كما ترى عما ذكره في الحاشية .

الأدلة :

١ - حجة القائلين بالجواز من المالكية هو العمل بشرع من قبلنا ، قال في بداية المجتهد [٢٠/٢] : سبب اختلافهم سببان :

١ - هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه ، أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال : هو لازم ، أجازته ، لقوله تعالى : « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج » الآية (١) ومن قال : ليس بـ لازم : لا يجوز النكاح بالإجارة .

٢ - هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيع الغرر المجهول - ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية - وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة ، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . هـ

ومن كلام ابن رشد يتبين لنا أن من الحجة للمالكية أيضاً القياس على الإجارة ، فمن قال بجواز القياس قال بالجواز ، ومن قال لا يجوز القياس على الإجارة - لأنها ثابتة على غير القياس - قال : لا يجوز النكاح على المنافع .

٢ - واحتج الحنابلة بمثل ما احتج به المالكية القائلون بالجواز ، فقد قال ابن قدامة : ولنا قول الله تعالى : « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج » . وقال : ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة ، فجازت صداقاً .

ودعم الحنابلة قولهم بما رواه الدارقطني [٣/٢٤٤] بإسناده قال : قال رسول الله ﷺ : (أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق : قيل : ما العلائق يا رسول الله ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيا من أراك) ورواه الجوزجاني أيضاً .

(١) وتتمتها : « فإن أتممت عشرأ فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدني إن شاء الله من الصالحين » / القصص : ٢٧ .

وجه الاستدلال به عموم قوله : ما تراضى عليه الأهلون ، فإنه يشمل المنافع إذا تراضوا عليها • [المغني : ٧ / ٢١٢ - ٢١٣] •

٣ - وأما الشافعي رحمه الله تعالى فحجته في ذلك القياس على الإجارة ، واستأنس أيضاً بما ورد في شرع من قبلنا • قال في الأم : فإن قال قائل : ما دل على هذا ؟ قيل : إذا كان المهر ثمناً كان في معنى هذا ، وقد أجازته الله عز وجل في الإجارة في كتابه ، وأجازه المسلمون • قال الله عز وجل : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » / الطلاق : ٦ / • وقال عز وجل : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » / البقرة : ٢٣٣ / • وذكر قصة شعيب وموسى صلى الله عليهما وسلم في النكاح فقال : « قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين • قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية • وقال : « فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا » / القصص : ٢٦ - ٢٩ / •

قال الشافعي : ولا أحفظ من أحد خلافاً في أن ما جازت عليه الإجارة جاز أن يكون مهراً • [الأم : ٥ / ١٤٤] •

٤ - وأما الحنفية : فحجتهم في المواطن التي أجازوا فيها النكاح على المنافع ما ورد في شرع من قبلنا •

قال في الدر المختار : ومفاده صحة تزوجها على أن يخدم سيدها أو وليها ، كقصة شعيب مع موسى • قال ابن عابدين : فإنه زوج موسى عليهما السلام بنته على أن يرعى له غنمه ثمانين سنين ، وقد قصه الله تعالى علينا بلا إنكار ، فكان شرعاً لنا •

وقال في فتح القدير : واختلفت الروايات في رعي غنمها وأرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه ، وكون الأوجه الصحة - لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا - إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب ، وهو منتف •

وأما حجتهم في المواطن التي منعوا فيها ذلك :

١ - إذا كان المسمى خدمة الزوج الحر : فإنهم منعوا ذلك ، لأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح ، لما في ذلك من قلب الموضوع ، إذ

إن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوماً ، وفي جعل خدمة الزوج مهراً لها كون الرجل خادماً والمرأة مخدومة ، وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف ، وعليه يكون قد سمي لها ما لا يصلح مهراً ، فصح العقد ، ووجب مهر المثل .

وذلك بخلاف خدمة العبد ، لأن العبد يخدم بإذن المولى ، فصار كأنه يخدم المولى معنى وحقيقة ، فليس فيه قلب الموضوع ، على أن استخدام الزوجة له ليس بحرام لأنه عرضة للاستخدام والابتذال ، لكونه مملوكاً .

٢ - وأما منعهم ذلك فيما إذا كان المسمى منفعة لا يستحق عليها أجراً - كتعليم القرآن وغيره - فحجتهم في ذلك أن المسمى ليس بمال ، والمشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال ، لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم » / النساء : ٢٤ / . وتعليم القرآن وما شابهه ليس بمال ، لعدم صحة الاستتجار عليها - عند أبي حنيفة وصاحبيه - فلا يكون الابتغاء به مشروعاً . فإذا سميت مهراً في العقد صح العقد ووجب مهر المثل .

[حاشية ابن عابدين على الدر المختار : ١٠٦/٣ - ١٠٨ ، الهداية وشروحها : ٤٥٠/٢ - ٤٥١]

المسألة السادسة : قتل الذكر بالأنثى :

اختلف العلماء في القصاص بين الرجل والمرأة :

١ - فذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد في الصحيح عنه - رحمهم الله تعالى - إلى : أنه إذا قتل الرجل المرأة عمداً قتل بها ولا شيء لأوليائها .

قال في الموطأ [٨٧٣/٢] : والقصاص أيضاً يكون بين الرجال والنساء . وقال : فنفس المرأة الحرة بنفس الرجل الحر وجرحها بجرحه . هـ

وقال الشافعي [الأم : ١٨/٦] : فإذا قتل الرجل المرأة عمداً قتل بها ، وإذا قتلتها قتلته به ، ولا يؤخذ من المرأة ولا من أوليائها شيء للرجل إذا قتلت به ، ولا إذا قتل بها ، وهي كالرجل يقتل الرجل في جميع أحكامها إذا اقتص بها أو اقتص منها ، وكذلك النفر يقتلون المرأة والنسوة يقتلن الرجل . هـ

وقال في الهداية [٢٥٨/٨] : ويقتل الرجل بالمرأة .

وقال الخرقى [المغنى : ٢٩٦/٨] : ويقتل الذكر بالأُنثى والأُنثى بالذكر .

٢ - وروى عن عثمان البستي وعطاء أنهما قالوا : إذا قتل الرجل المرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية . وروى مثل هذا عن أحمد ، وحكى مثله عن الحسن ^(١) .

٣ - وحكى عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر بالأُنثى ^(١) .

الأدلة :

١ - احتج أكثر القائلين بقتل الرجل المرأة - مالك وأحمد وأصحاب أبي حنيفة - بقوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » / المائدة : ٤٥ / .

قال مالك : فذكر الله تبارك وتعالى أن النفس بالنفس ، فنفس المرأة الخرة بنفس الرجل الحر . قال ابن رشد : ويدخله أن هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وفيه خلاف .

هذا ولقد مر معنا هذا الخلاف وعلمنا أن أكثر الحنفية يقولون به ، فقد قال في المنار [٧٣٢] : وشرائع من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله علينا من غير إنكار . قال ابن ملك : حتى احتج أبو يوسف في جريان القصاص بين الذكر والأنثى بقوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » مع أن ذلك كان فيمن تقدم . هـ . وكذلك قال به المالكية فقد قال ابن الحاجب [٢٨٦/٢] : المختار أنه بعد البعث متعبد بما لم ينسخ .

وأما الحنابلة فقد ذكر ابن قدامة المقدسي [روضة الناظر : ٨٢] أن فيه روايتين عندهم إحداها أنه شرع لنا واختارها التميمي ، والثانية ليس بشرع لنا . وعلى هذا يكون عمدة المذاهب الثلاثة فيما ذهبوا إليه من قتل الرجل المرأة هو شرع من قبلنا .

(١) بداية المجتهد : ٣٩٢/٢ ، المغنى : ٢٩٦/٨ .

ودعم هؤلاء قولهم هذا بالعمومات الواردة في وجوب القصاص بين المسلمين
كقوله تعالى : « الحر بالحر » • / البقرة : ١٧٨ / •

وكذلك بما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده : أن
رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان ، وأن الرجل
يقتل بالمرأة [أخرجه النسائي : ٥٧/٨] وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى
بالقبول عندهم •

٢ — وهذا الحديث هو حجة الشافعي رحمه الله تعالى • ومن الحجة له أيضاً :
أن شرط القصاص التكافؤ في الدمين ، ولا خلاف بين العلماء أن التكافؤ بين
الدمين يتحقق بالحرية والإسلام • قال في الأم : ولم أعلم ممن لقيت مخالفاً من أهل
العلم في أن الدمين متكافئان بالحرية والإسلام • ه • ثم فرع على ذلك قوله بقتل
الرجل بالمرأة وقتل المرأة بالرجل •

ومما اعتمد عليه الجمهور في قولهم النظر إلى حكمة القصاص •

قال ابن رشد : والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة •
وجاء في شرح العناية على الهداية : لأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع
القصاص وظهور التقاتل والتفاني •

٣ — وأما الذين قالوا : إنه على أولياء المرأة نصف الدية إذا قتل بها : فحجتهم
في ذلك أنه مروي عن علي رضي الله تعالى عنه •

وكذلك أن عقلها نصف عقله ، فإذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله •

٤ — وأما الذين قالوا لا يقتل الرجل بالمرأة : فحجتهم في ذلك قوله تعالى :
« والأنثى بالأنثى » • / البقرة : ١٧٨ / •

فإنه يدل على أن الرجل لا يقتل بالأنثى •

[بداية المجتهد : ٣٩٢/٢ ، المغني : ٢٩٦/٨ ، الهداية وشروحها : ٢٥٨/٨ ، مغني
المحتاج : ١٦/٤ ، الأم : ١٨/٦]

المسألة السابعة : الأفضل في الأصحية :

أجمع الأئمة على : أن الضحايا تجوز من جميع بهيمة الأنعام ، وأنها لا تجوز بغيرها • واختلفوا في الأفضل منها :

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أن الأفضل في الضحايا الكباش ثم البقر ثم الإبل •

قال في الشرح الكبير [١٢١/٢] : وندب ضأن مطلقاً ، فحله فخصيه فأثناه ، ثم يليه معز كذلك ، ثم هل يليه بقر كذلك ، وهو الأظهر - عند ابن رشد - أو إبل ؟ خلاف • [وانظر بداية المجتهد : ٤١٦/١]

٢ - وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى : إلى أن الأفضل الإبل ثم البقر ثم الغنم •

قال في الأم [١٨٩/٢] : والإبل أحب إلي أن يضحي بها من البقر ، والبقر أحب إلي أن يضحي بها من الغنم ، وكل ما غلا من الغنم كان أحب إلي مما رخص ، وكل ما طاب لحمه كان أحب إلي مما يخث لحمه •

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٣٩/٩] : وأفضل الأضاحي البدنة ، ثم البقرة ، ثم الشاة •

٣ - وأما أبو حنيفة وأصحابه : فالظاهر من كلام كتب المذهب أنه ينظر في ذلك إلى القيمة واللحم ، فما كان أفضل فهو أولى •

قال ابن عابدين [٣٢٢/٦] : والأصل في هذا : إذا استويا في اللحم والقيمة فأطيعهما لحماً أفضل ، وإذا اختلفا فيهما فالفاضل أولى •

وقال في البدائع [٢٨٥٧/٦] : فالمستحب أن يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها •

الأدلة :

١ - حجة مالك رحمه الله تعالى : أنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه ضحى إلا بكبش ، فكان ذلك دليلاً على أن الكباش أفضل • وكذلك فعل عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما •

وذكر ابن رشد : أن للقائلين بأفضلية الكباش دليلاً آخر ، وهو ماورد في شرع من قبلنا ، وذلك ما فعله إبراهيم عليه السلام من فداء ولده بكبش . قال في بداية المجتهد [٤١٦/١] . وقد يمكن أن يكون لا اختلافهم سبب آخر وهو : هل الذبيح العظيم الذي فدي به إبراهيم سنة باقية إلى اليوم ، وأنها الأضحية ، وأن ذلك معنى قوله تعالى : « وتركنا عليه في الآخرين » / الصافات : ١٠٨ / ؟ فمن ذهب إلى هذا قال : الكباش أفضل . ومن رأى أن ذلك ليست سنة باقية ، لم يكن عنده دليل على أن الكباش أفضل ، مع أنه قد ثبت أن رسول الله ﷺ ضحى بالأميرين جميعاً . هـ [وانظر الموطأ : ٤٨٣/٢] .

٢ - وحجة القائلين بأفضلية الإبل ثم البقر ثم الغنم : القياس على الهدى ، حيث إن الأضحية قرينة بحيوان ، فوجب أن يكون الأفضل فيها الأفضل في الهدايا .

قال في الأم [١٨٩/٢] : وقد قال الله تعالى في المتمتع : « فما استيسر من الهدى » / البقرة : ١٩٦ / . وقال ابن عباس : ما استيسر من الهدى شاة ، وأمر رسول الله ﷺ أصحابه الذين تمتعوا بالعمرة إلى الحج أن يذبحوا شاة ، وكان ذلك أقل ما يجزيهم ، لأنه إذا أجزأه في الدم فأعلاه خير منه .

وقال : وسئل رسول الله ﷺ : أي الرقاب أفضل ؟ فقال : أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها . والعقل مضطر إلى أن يعلم : أن كل ما تقرب به إلى الله تعالى إذا كان نفيساً - كلما عظمت رزقته على المتقرب به إلى الله تعالى - كان أعظم لأجره .

وقال ابن قدامة [المغني : ٤٣٩/٩] : لأنه ذبح يتقرب به إلى الله تعالى ، فكانت البدنة فيه أفضل كالهدى .

ودعم هؤلاء قولهم بعموم قوله ﷺ : (من اغتسل يوم الجمعة ثم راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً) . [البخاري : ٣/٢] . فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان .

[المغني : ٤٣٩/٩ ، وانظر مغني المحتاج : ٢٨٥/٤]

٣- وأما الحنفية فقالوا : إنها مطية الآخرة ، لقوله ﷺ : (عظموا ضحاياكم فإنها على الصراط مطاياكم) • ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر • [بدائع الصنائع : ٦ / ٢٨٥٧]

المسألة الثامنة : نذر ذبح الولد أو نحره :

اختلف الأئمة فيمن نذر أن يذبح ولده أو ينحره ، ماذا يجب عليه ؟

١- ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه يلزمه الهدى •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١ / ٤١٣] : قال مالك : ينحر جزورا فداء له • وذكر في الشرح الكبير [١٧١ / ٢ - ١٧٢] : أنه يلزمه بدنة ، فإن فقدوها لزمه بقرة ، فإن عجز عنها فشاة واحدة • هـ

واشترط لذلك أن يتلفظ بالهدى ، كأن يقول : علي هدي فلان ، أو يذكر مقام إبراهيم ، كما بين ذلك في الشرح الكبير •

٢- وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى - ومحمد من أصحابه - إلى أنه يلزمه ذبح شاة •

قال في الدر المختار [٣ / ٣٧٩] : نذر أن يذبح ولده فعليه شاة • قال ابن عابدين : وفي الاختيار : ولو نذر ذبح ولده أو نحره لزمه ذبح شاة عند أبي حنيفة ومحمد • هـ

وفي اشتراط ذكر مقام إبراهيم روايتان • قال ابن عابدين نقلا عن شرح درر البحار : إنه يشترط لصحة النذر به في عامة الروايات أن يقول في النذر : عند مقام إبراهيم أو بمكة ، وفي رواية عنه : لا يشترط • [انظر فتح القدير : ٢ / ٣٣٥]

٣- وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان : إحداهما : يلزمه كفارة يمين ، والأخرى : يلزمه ذبح كبش •

قال ابن قدامة [المغني : ٥١٦/٩] : واختلفت الرواية فيمن حلف بنحر ولده ، نحو أن يقول : إن فعلت كذا فله علي أن أذبح ولدي ، أو يقول : ولدي نحير إن فعلت كذا ، أو نذر ذبح ولده مطلقا غير معلق بشرط :

— فعن أحمد : عليه كفارة يمين • وهذا قياس المذهب ، لأن هذا نذر معصية أو نذر لجأج^(١) ، وكلاهما يوجب الكفارة^(٢) •

— والرواية الثانية : كفارته ذبح كبش ، وإيطعمه المساكين • هـ

٤ — وذهب الشافعي وأبو يوسف وزفر — من أصحاب أبي حنيفة — رحمهم الله تعالى إلى أنه لا شيء عليه •

قال في الأم [٢٢٧/٢] : وأصل ما نذهب إليه أن النذر ليس بيمين ، وأن من نذر أن يطيع الله عز وجل أطاعه ، ومن نذر أن يعصي الله لم يعصه ، ولم يكفر •

وقال في مغني المحتاج [٣٥٦/٤] : ولا يصح نذر معصية ، كالقتل والزنا وشرب الخمر •

وقال ابن عابدين [٧٣٩/٣] : وقال أبو يوسف وزفر : لا يصح شيء من ذلك •

الأدلة :

١ — حجة القائلين بلزوم النذر ووجوب الهدى — مالك وأبي حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى والرواية الثانية عن أحمد — العمل بشريعة من قبلنا ، وذلك ما ورد من قصة إبراهيم عليه السلام من أمره بذبح ولده ، ثم فدائه بذبح كبش ، وذلك في قوله تعالى : « فلما بلغ معه السعي — إلى قوله تعالى — وفديناه بذبح عظيم » / الآيات : ١٠٢ — ١١٠ من سورة الصافات / • فقد قص الله تعالى هذه القصة من غير إنكار لها ، ولا بيان نسخ ، فدل ذلك على أنه شرع لنا •

(١) لج في يمينه : استمر عليه ولم يخالفه ، وكذلك النذر •

(٢) أي عند الحنث وعدم الوفاء به •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١/٤١٣] : سبب اختلافهم قصة إبراهيم عليه السلام : هل ما تقرب به إبراهيم عليه السلام هو لازم للمسلمين ، أم ليس بلازم ؟ فمن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم قال : لا يلزم النذر ، ومن رأى أنه لازم لنا قال : النذر لازم .

وقال في الدر المختار [٣/٧٣٩] محتجا لأبي حنيفة ومحمد : لقصة الخليل عليه الصلاة والسلام . قال ابن عابدين : بيانه : قصة الذبيح ، فإن الله تعالى أوجب على الخليل ذبح ولده وأمره بذبح الشاة حيث قال : « قد صدقت الرؤيا » . فيكون كذلك في شريعتنا ، إما لقوله تعالى : « ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا » / النحل : ١٢٣ / أو لأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يثبت النسخ .

وقال ابن قدامة في المغني [٩/٥١٦] محتجا لهذا القول : لأن نذر ذبح الولد جعل في الشرع كنذر ذبح شاة ، بدليل أن الله تعالى أمر إبراهيم بذبح ولده وكان أمرا بذبح شاة ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه . هـ

ودعم الحنفية والحنابلة قولهم هذا بأنه مذهب جماعة من الصحابة كعلي وابن عباس وغيرهما رضي الله عنهم ، ومثله لا يعرف قياسا ، فيكون حكمه حكم المرفوع للنبي ﷺ .

والقول بوجوب كبش كذلك استحسان عند الحنفية ، كما ذكر ابن الهمام قال [فتح القدير : ٢/٣٣٥] : ومن قال لله علي أن أنحر ولدي : ففي القياس لاشيء عليه ، وفي الاستحسان يلزمه شاة . هـ . ووجه الاستحسان - على ما يظهر - هو ما ذكرناه من استدلال بالنص والأثر .

وإنما قال مالك : يهدي بعيرا ، حملا منه للواجب في ذلك على الهدى الواجب في شريعتنا ، كما ذكر ابن رشد .

٢ - وحجة القائلين بوجوب كفارة اليمين - وهو المذهب عند الحنابلة - :

- قوله ﷺ : (لا نذر في معصية ، وكفارته كفارة يمين) [أبو داود : ٢/٢٠٨] وذبح الولد معصية .

— أن النذر حكمه حكم اليمين ، بدليل قوله ﷺ : (النذر يمين ، وكفارته كفارة يمين) • [الطبراني — الجامع الصغير] فيكون بمنزلة من حلف ليدبحن ولده ، ثم حنث ، فعليه الكفارة •

— أن هذا قول ابن عباس رضي الله عنهما • فقد روى مالك [الموطأ : ٢/٤٧٦] عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه سمعه يقول : أتت امرأة إلى عبد الله ابن عباس فقالت : إني نذرت أن أنحر ابني ؟ فقال ابن عباس : لاتنحري ابنك وكفري عن يمينك • فقال شيخ عند ابن عباس : وكيف يكون في هذا كفارة ؟ فقال ابن عباس : إن الله تعالى قال : « الذين يظاهرون منكم من نسائهم » /المجادلة : ٢/ • ثم جعل فيه من الكفارة ما قد رأيت • [المغني : ٩/٥١٦ — ٥١٧]

٣ — وحجة القائلين إنه لا شيء عليه — الشافعي وأبي يوسف وزفر — أنه نذر معصية ، وقد دل الكتاب والسنة على أن من نذر معصية الله عز وجل لا يفي بنذره ولا كفارة عليه •

قال في الأم [٢/٢٢٩] : وإنما أبطل الله عز وجل النذر في البحيرة والسائبة لأنها معصية ، ولم يذكر في ذلك كفارة ، وكان فيه دلالة على أن من نذر معصية الله عز وجل أن لا يفي ، ولا كفارة عليه ، وبذلك جاءت السنة • هـ ثم روى عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي ﷺ قال : (من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه) • [انظر ابن عابدين : ٣/٧٣٩ ، مغني المحتاج : ٤/٣٥٦]



الباب الثاني
في
القول بسد الذرائع
وأثره

ويحتوي على فصلين

الفصل الأول : القول بسد الذرائع

الفصل الثاني : أثر القول بسد الذرائع

الفصل الأول

القول بسد الذرائع

وفيه

- معنى سد الذرائع ، وتحرير محل النزاع

- الاحتجاج بسد الذرائع ودليله

معنى سد الذرائع وتحرير محل النزاع

الذرائع : جمع ذريعة ، والذريعة : لها في اللغة استعمالات كثيرة ، منها : كل ما يتخذ وسيلة ويكون طريقا إلى شيء غيره . وسدها : معناه : رفعها وحسم مادتها .^(١) وأما في الاصطلاح الشرعي : فقد استعملت بمعنيين : عام وخاص .

المعنى العام للذريعة :

ويراد بها — على هذا المعنى — كل ما يتخذ وسيلة لشيء آخر ، بصرف النظر عن كون الوسيلة ، أو التوسل إليه ، مقيدا بوصف الجواز أو المنع .

وهي بهذا المعنى : تشمل المتفق عليه والمختلف فيه ، ويتصور فيها الفتح ، كما يتصور فيها السد ، وذلك أن موارد الأحكام قسمان :

— مقاصد ، وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، أي التي هي مصالح أو مفاسد في ذاتها .

— وسائل ، وهي الطرق المفضية إلى المقاصد .

وحكم الوسائل كحكم ما أفضت إليه من المقاصد ، فوسيلة الواجب واجبة ، كما أن وسيلة المحرم محرمة . فالجمعة فرض ، والسعي إليها فرض ، وترك البيع لأجل السعي فرض أيضا . والفاحشة حرام ، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام ، لأنه يؤدي إليها .

(١) جاء في لسان العرب : أن الذريعة — في الأصل — جمل يختل به الصيد ، يمشي الصياد إلى جنبه فيستتر به ، ويرمي الصيد إذا أمكنه . ثم جعلت الذريعة مثلاً لكل شيء أدني من شيء وقرب منه . وذكر استعمالات غيرها (مادة : ذرع) .

يقول القرافي : واعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ، ويكره ويندب ويباح ، فإن الذريعة هي الوسيلة ، فكما أن وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب واجبة ، كالسعي للجمعة والحج •

غير أن الوسائل أخفض رتبة من المقاصد ، وهي أيضا تختلف مراتبها باختلاف مراتب المقاصد التي تؤدي إليها • فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما هو متوسط متوسطة (١) •

وإلى هذا المعنى العام أشار ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين [١٤٧/٣] فقال :

لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها - بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطها بها ، ووسائل الطاعات والقربات - في محبتها والإذن فيها - بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل •

وقال : فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه ، فإنه يحرمها ويمنع منها ، تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ، ومنعا أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه ، لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء • بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضا ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده • وكذلك الأطباء : إذا أرادوا حسم الداء ، منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه ، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه •

ثم قال : فما الظن بهذه الشريعة الكاملة ، التي هي في أعلى درجات الحكمة

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي : ٢٠٠ ، تبصرة الحكام : ٣٧٦/٢ - ٣٧٧ ، وانظر : مالك : ٤٠٥ ، سد الذرائع : ٤٠ وما بعدها .

والمصلحة والكمال ؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها ، علم أن الله تعالى ورسوله
سد الذرائع المفضية إلى المحارم ، بأن حرمها ونهى عنها •

اقسام الذرائع بحسب هذا المعنى :

يمكن تقسيم الذرائع بالمعنى العام إلى قسمين :

أ - الذرائع التي تفضي إلى المصلحة ، وهذه على نوعين :

النوع الأول : أن تكون الذريعة والوسيلة مصلحة - أيضا - بحد ذاتها :
وعندها تكون مطلوبة أو مباحة حسب قوة وحال ما تؤدي إليه : فإن كان مباحا
فمباحة : كالكسب الحلال المؤدي إلى التمتع بالطيبات ، وإن كان مندوبا فمندوبة :
كالكسب الحلال لدفع غائلة الجوع ، وإن كان واجبا فواجبة : كالوضوء بالنسبة
للصلاة •

النوع الثاني : أن تكون الذريعة المفضية إلى المصلحة مفسدة في حد ذاتها :
كالسرقة من أجل الإنفاق على العيال ، ففي هذه الحالة تكون الوسيلة ممنوعة ،
وإن كانت تؤدي إلى مصلحة ، لأن الغاية لا تبرر الوسيلة في الإسلام • إلا إذا
رافقتها ضرورة ملجئة ، فتباح بقدر الضرورة ، عملا بقاعدة : الضرورات تبيح
المحظورات ، والضرورات تقدر بقدرها •

وهذا موضع اتفاق لدى العلماء ، وهو الذي تؤيده الأدلة الشرعية : الإجمالية
والتفصيلية ، وتشهد له نصوص الكتاب والسنة ، ويؤيده العقل ، وعليه إجماع
المسلمين •

ب - الذرائع المفضية إلى المفساد : وهذا القسم أيضا على نوعين :

النوع الأول : أن تكون الذريعة مفسدة في حد ذاتها ، وتفضي إلى المفسدة
بطبعها ، كالسعي بالفساد بين الناس ، المؤدي إلى الفتنة وإيقاد نار الضغائن ، وترك
السلام المؤدي إلى القطيعة غالبا ، والزنا المفضي إلى اختلاط الأنساب وضياع النسل ،
وشرب المسكر المفضي إلى غياب العقل والإضرار بالجسم •

ولا خلاف في أن هذا النوع محظور ، على وجه الكراهة أو الحرمة ، بحسب مقدار المفسدة فيه . وإلى هذا النوع أشار ابن القيم حيث قال : الفعل أو القول المفضي إلى المفسدة قسمان : أحدهما : أن يكون وضعه للإفضاء إليها كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر ، وكالقفذ المفضي إلى مفسدة الفرية ، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش ، ونحو ذلك ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها . هـ

ثم ذكر أن الشريعة جاءت بالمنع من هذا القسم من الوسائل كراهة أو تحريما ، بحسب درجاته فيما يؤدي إليه من المفسدة .

النوع الثاني : أن تكون الذريعة المؤدية إلى المفسدة مصلحة في حد ذاتها ومشروعة .

وهذا النوع من الذرائع على مراتب ، حسب نسبة المفسدة التي قد تفضي إليها ، واعتبار قصد الفاعل للمفسدة وعدمه ، وبالتالي : يختلف النظر الفقهي إليها سدا وفتحاً . وقد ذكر العلماء مراتب هذا النوع من الذرائع وأقسامه ، كما ذكروا حكم كل مرتبة منها . ومن فصل هذه الأقسام وبين حكمها ابن القيم في إعلام الموقعين ، والشاطبي في الموافقات .

١ — قال ابن القيم — بعد ذكره القسم الأول ، وهو ما كان بوضعه مفضيا للمفسدة — :

والثاني : أن تكون موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز أو مستحب ، فيتخذ وسيلة إلى المحرم ، إما بقصده أو بغير قصد منه .

فالأول : كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل ، أو يعقد البيع قاصدا به الربا ، أو يخالغ قاصدا به الحنث ، ونحو ذلك .

والثاني : كمن يصلي تطوعا بغير سبب في أوقات النهي ، أو يسب أرباب المشركين بين أظهرهم ، أو يصلي بين يدي القبر لله ، ونحو ذلك .

ثم هذا القسم من الذرائع نوعان :

أحدهما : أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته •

والثاني : أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته ، فهنا أربعة أقسام (١) :

الأول : وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة • (وهذا ما ذكر في الفقرة السابقة) •

الثاني : وسيلة موضوعة للمباح ، قصد بها التوصل إلى المفسدة •

الثالث : وسيلة موضوعة للمباح ، لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة ، لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها •

الرابع : وسيلة موضوعة للمباح ، وقد تقضي إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها •

ثم ذكر ابن القيم بعد هذا التقسيم : أن الشريعة جاءت بإباحة القسم الرابع ، أو استحبابه ، أو إيجابه ، بحسب درجاته في المصلحة ، وجاءت بالمنع من القسم الأول كراهة أو تحريماً بحسب درجاته في المفسدة — كما أسلفنا — ثم قال : بقي النظر في القسمين الوسط : هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتهما ، أو المنع منهما ؟

وأما الشاطبي : فقد ذكر لهذا النوع من الذرائع أربعة أقسام ، تستخلص من تقسيمه للعمل من حيث ما يترتب عليه من مفسد أو ضرر يلحق غير العامل ، وإن كان مأذوناً فيه •

وهذه الأقسام هي :

١ — ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعاً : كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه ولا بد ، وشبه ذلك • وهذا النوع من الذرائع

(١) المراد بالأقسام هنا : جميع أقسام الذرائع بما فيها القسم المذكور سابقاً •

ممنوع ، لأن توخي الفاعل لهذا الفعل — مع العلم بما يترتب عليه من ضرر في حكم المقطوع به — يكون من أحد أمرين : إما من تقصير في إدراك الأمور على وجهها ، وعدم اختبار مضارها ، وذلك ممنوع . وإما أنه قصد إلى الإضرار ، وهو ممنوع أيضاً .

٢ — أن يكون الفعل مؤدياً إلى المفسدة غالباً : كبيع السلاح في وقت الفتن ، أو من أهل الحرب ، وبيع العنب للخمار ، وما يغش به ممن شأنه الغش ، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن أداؤه إلى المفسدة لا على سبيل القطع . وهذا النوع — أيضاً — ممنوع ، لأن الاحتياط يوجب الأخذ بغلبة الظن ، ولأن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم فيجري هنا مجراه ، ولأن إجازة هذا القسم من الذرائع نوع من التعاون على الإثم والعدوان ، وذلك لا يجوز ، وإن كان المنع أخفض رتبة من القسم الأول .

٣ — ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً : كحفر بئر بموضع بحيث يغلب أن لا يقع فيه أحد ، وبيع الأغذية التي من شأنها أن لا تضر أحداً غالباً ، وما أشبه هذا . وهذا النوع من الذرائع باق على أصل الإذن والمشروعية ، ما دام الفعل مأذوناً فيه ، لأن المصلحة — إذا كانت غالبية — فلا اعتبار لندرة انحرافها ، إذ لا توجد مصلحة — في العادة — عارية عن المفسدة جملة ، والشارع إنما اعتبر غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة .

٤ — أن يكون الفعل مؤدياً إلى المفسدة كثيراً لا غالباً : بحيث إن هذه الكثرة لا تبلغ مبلغاً يحمل العقل على ظن المفسدة فيه دائماً ، وذلك : كمسائل ييوع الآجال والبيوع الربوية . وهذا النوع من الذرائع — قال فيه الشاطبي — : هو موضع نظر والتباس .

[إعلام الموقعين : ٣/١٤٨ ، الموافقات : ٢/٣٥٧ — ٣٦١ ، وانظر مالك : ٤٠٩ ، ابن حنبل : ٣١٩ ، سد الذرائع : ١٢٨ وما بعدها] .

المعنى الخاص للذريعة :

من خلال ما سبق ، يتحرر لدينا : أن الذرائع التي هي محل الخلاف إنما هي الوسائل التي ظاهرها الجواز ، إذا قويت التهمة في التطرق بها إلى الممنوع . وهذا ما أشار إليه الشاطبي في القسم الرابع المستخلص من تقسيماته : وهو كل فعل مأذون فيه بالأصل ، ولكنه طرأ عليه ما جعله يؤدي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً . ويدخل في هذا ما عده ابن القيم قسماً وسطاً بين ما جاءت الشريعة بطلبه وما جاءت بمنعه ، وهي كل وسيلة مباحة ، قصد التوصل بها إلى المفسدة ، أو لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها .

وهذا المعنى الخاص للذريعة هو المراد لدى الأصوليين والفقهاء ، عند بحثهم في الذرائع وسندها . ولقد عبر الشاطبي عن هذا المعنى بقوله : إن حقيقتها التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة (١) . وسد الذرائع — على هذا المعنى — هو حسم مادة وسائل الفساد ، بمنع هذه الوسائل ودفعها (٢) .

(١) ظاهر هذا أنه يشمل الذرائع بالمعنى العام ، ولكن سياق كلام الشاطبي وامثله تحدد المعنى المراد منه ، وأنه المعنى الخاص للذريعة .

(٢) الموافقات ٤/١٩٨ — ٢٠٠ ، تبصرة الحكام : ٣٧٦/٢ وانظر سد الذرائع : ٤٤ ، والمراجع السابقة .

الاحتجاج بسد الذرائع

المشهور أن مالكا وأحمد رحمهما الله تعالى هما اللذان يقولان بسد الذرائع ،
بينما يخالفهما في ذلك أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى .

ومما لا شك فيه أن مالكا رحمه الله تعالى يقول بسد الذرائع ، بل إنه أكثر
من العمل به ، وتلاه في ذلك الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

يقول الشاطبي — وهو يقرر أن النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعا —
وهذا الأصل ينسب عليه قواعد : منها : قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر
أبواب الفقه .

ويقول — بعد ذكره الفعل الذي يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا ، لا غالبا
ولا نادرا — : فهو موضع قظر والتباس ، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة
الإذن . ثم يقول : إلا أن مالكا اعتبره ^(١) في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعا .
وقال في تبصرة الحكام : فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى
المفسدة منعنا من ذلك الفعل ، وهو مذهب مالك رحمه الله .

هذا ما ذكره فقهاء المذهب المالكي ، ويؤكد كثرته ذكرهم للذريعة والتهم في
كثير من أبواب الفقه والمسائل الفرعية ^(٢) .

وذكر ابن القيم — وهو حنبلي المذهب — أن سد الذرائع ربع الدين ، قال في
إعلام الموقعين [١٧١/٣] : وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف ، فإنه أمر ونهي ،
والأمر نوعان : أحدهما مقصود لنفسه ، والثاني : وسيلة إلى المقصود .

(١) الضمير يعود إلى قصد المفسدة ، كما يفهم من سياق الكلام .

(٢) الموافقات : ٣٦١/٢ ، ١٩٨/٤ ، تبصرة الحكام : ٣٧٦/٢ ، وانظر ٣٥٧ من
نفس المرجع ، فقد عقد فصلا في القضاء بنفي الضرر وسد الذرائع .

والنهي نوعان : أحدهما : ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه ، والثاني : ما يكون وسيلة إلى المفسدة • فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين • هـ
وهكذا يتقرر لدينا أن القول بسد الذرائع أصل معتمد في الفقه المالكي والفقه الحنبلي •

قال الأستاذ أبو زهرة في كتابه مالك [٤٠٥] تحت عنوان (الذرائع) : هذا أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك رضي الله عنه ، وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه •

وأما أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى : فلم تذكر كتب أصول مذهبهما شيئا عن رأيهما في هذا ، وذلك أن الباحث في هذا الموضوع يجد أن كتب أصول الحنفية والشافعية لا تعرض للبحث في هذا الأصل ، وإنما الذي تعرض له بالبحث والتفصيل ، والاحتجاج لاعتباره مدركا لبناء الأحكام كتب أصول المالكية والحنابلة ، وخاصة الشاطبي والقرافي وابن القيم •

ولعل هذا هو سبب اشتهاار خصوص مذهب المالكية والحنابلة بالقول بسد الذرائع •

والذي تذكره كتب المالكية في الأصول أن أصل الذرائع متفق عليه ، وإنما الخلاف في التسمية ، ومجال التطبيق في الجزئيات •

والذي يؤكد هذا ما ذكره القرافي : أن الذرائع ثلاثة أقسام : قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه ، كحفر الآبار في طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها ، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها • وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه ، وأنه ذريعة لاتسد ووسيلة لا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا •

وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا ؟ كبيع الآجال عندنا : اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا ، وحاصل القضية : أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا ، لأنها خاصة بنا • [شرح تنقيح الفصول : ٢٠٠]

ويقول الشاطبي [الموافقات : ٣/ ٣٠٥] : أما الشافعي فالظن به أنه تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم ، ويدل عليه قوله بترك الأضحية إعلالاً بعدم وجوبها ، وليس في ذلك دليل صريح من كتاب أو سنة ، وإنما فيه عمل جملة من الصحابة ، وذلك عند الشافعي ليس بحجة^(١) . لكن عارضه في مسألة ييوع الآجال دليل آخر ، ورجح على غيره فأعمله ، فترك سد الذريعة لأجله ، وإذا تركه لمعارض راجح لم يعد مخالفاً .

ويقول : فلا يصح أن يقول الشافعي : إنه يجوز التذرع إلى الربا بحال ، إلا أنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع ، ومالك : يتهم بسبب ظهور فعل اللغو^(٢) ، وهو دال على القصد إلى الممنوع . فقد ظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة ، وإنما الخلاف في أمر آخر .

ويقول أيضا : وأما أبو حنيفة : فإن ثبت عنه جواز أعمال الحيل لم يكن من أصله في ييوع الآجال إلا الجواز ، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع ، وهذا واضح ، إلا أنه تقل عنه موافقة مالك في سد الذرائع فيها ، وإن خالفه في بعض التفاصيل ، وإذا كان كذلك فلا إشكال . هـ

وواضح من كلام الشاطبي أنه يثبت القول بسد الذرائع لدى الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى .

يقول الأستاذ أبو زهرة : ونحن نميل إلى أن العلماء جميعا يأخذون بأصل الذرائع وإن لم يسموه بذلك الاسم . [مالك : ٤١٦]

موقف الشافعي رحمه الله تعالى من الذرائع :

ذكر الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه الأم كلاما مفصلا ظاهره أنه يرد القول

(١) مراد الشاطبي : أن هذا دليل على أن الشافعي أخذ بقوله هذا بسد الذرائع .

(٢) لعل المراد باللغو هنا المقند الصوري الذي يتخذ وسيلة إلى تحليل المحرم ،

كأن يبيعه شيئا بمائة إلى أجل ، ثم يشتريه منه بثمانين حالا مثلا ، فيكون أقرضه ثمانين ليرد له مائة ، وجعلا عقد البيع ذريعة لتحليل ذلك .

بسد الذرائع ، ويأخذ الناس بما يظهر عليهم من تصرفاتهم ولا يهتمهم بسوء القصد .
وإليك ملخص كلامه ودلائله :

١ - القضاء أبداً على الظاهر ، وذلك :

أ - أن الله سبحانه وتعالى فرض على الناس اتباع ما أنزل على نبيه وما سنه لهم رسوله ﷺ ، وأن معصية الله تعالى في ترك أمره وأمر رسوله ، ولم يجعل لهم إلا اتباعه .

ب - أن الله تعالى أكمل للناس دينهم ، وتولى الحكم فيما أثابهم وعاقبهم عليه ، على ما علم من سرائرهم ، وافقت سرائرهم علانيتهم أو خالفت .

ج - أن الله تعالى أعلم عباده - مع ما أقام عليهم من الحججة أنه ليس كمثل أحد في شيء - أن علمه بالسر والعلانية واحد ، وعرف جميع خلقه أن لا علم إلا ما علمهم ، ثم من عليهم بما آتاهم من العلم وأمرهم بالاقتصار عليه ، وأن لا يتولوا غيره إلا بما علمهم .

د - أن الله تعالى قال لنبيه ﷺ : « ولا تقف ما ليس لك به علم » / الإسراء : ٣٦ / . وحجب عنه علم الساعة ، وكل العباد أقصر علماً من النبي ﷺ ، لأن الله فرض عليهم طاعة نبيه ، ولم يجعل لهم بعد من الأمر شيئاً ، فكان أولى أن لا يتعاطوا حكماً على غيب أحد - لا بدلالة ولا ظن - لتقصير علمهم عن علم أنبيائه الذين فرض عليهم الوقف عما ورد عليهم حتى يأتيهم أمره ، وظاهر عليهم الحجج - فيما جعل إليهم من حكم الدنيا - بأن لا يحكموا إلا بما ظهر من المحكوم عليه ، وأن لا يجاوزوا أحسن ظاهره .

هـ - أن الله تعالى أطلع رسوله ﷺ على قوم يظهرون الإسلام ويسرون غيره ، ولم يجعل له أن يحكم عليهم بخلاف حكم الإسلام ، ولم يجعل له أن يقضي عليهم في الدنيا بخلاف ما أظهروا ، بل جعل حكمه عليهم - عز وجل - على سرائرهم ، وحكم نبيه ﷺ على علانيتهم . وبذلك مضت أحكام رسول الله ﷺ فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق ، وأعلمهم أن جميع أحكامه على ما يظهرون ، وأن الله يدين بالسرائر .

قال الشافعي بعد تدليله على كل ماسبق : وفي جميع ماوصفت - ومع غيره مما استغنيت بما كتبت عنه ، مما فرض الله تعالى على الحكام في الدنيا - دليل على أن حراما على حاكم أن يقضي أبدا على أحد من عباد الله إلا بأحسن ما يظهر وأخفه على المحكوم عليه ، وإن احتمل ما يظهر منه غير أحسنه ، كانت عليه دلالة بما يحتمل ما يخالف أحسنه وأخفه عليه أو لم تكن .

ثم قال بعد توضيحه الاستدلال على هذا : فمن حكم على الناس بخلاف ماظهر عليهم استدلالا على أن ماأظهروا يحتمل غير ما أظهروا - بدلالة منهم أو غير دلالة - لم يسلم عندي من خلاف التنزيل والسنة .

وقال : وما وصفت من حكم الله ثم حكم رسوله ﷺ - في المتلاعنين أن جاءت به المتلاعنة على النعت المكروه - يبطل حكم الدلالة التي هي أقوى من الذرائع ، فإذا أبطل الأقوى من الدلائل أبطل له الأضعف من الذرائع كلها .

٢ - لا يفسد العقد إلا ما قارنه :

قال : وهذا يدل على أنه لا يفسد عقد أبدا إلا بالعقد نفسه ، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ، ولا بأغلب . وكذلك كل شيء لا تفسده إلا بعقده ، ولا تفسد البيوع بأن يقال : هذه ذريعة ، وهذه نية سوء ، ولو جاز أن يبطل من البيوع - بأن يقال : متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لا يحل - كان أن يكون اليقين من البيوع بعقد مالا يحل أولى أن يرد به من الظن .

وضرب لهذا أمثلة فقال :

أ - ألا ترى أن رجلا لو اشترى سيفا ، ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالا ، وكانت النية بالقتل غير جائزة ، ولم يبطل بها البيع ؟ قال : وكذلك لو باع البائع سيفا من رجل يراه أنه يقتل به رجلا كان هكذا .

ب - وكذلك لو اشترى فرسا وهو يراها عقوقا^(١) ، فقال هو : والله ما اشتريتها بمائة إلا لعقاقها ، وما تسوى لولا العقاق خمسين ، وقال البائع : ما أردت

(١) ذات حمل .

منها العقاق لم يفسد البيع بهذه النية ، إذا انعقدت صفقة البيع على الفرس ، ولم يشترط فيها العقاق . ولو اشترط فيها العقاق ففسد البيع ، لأنه يبيع مالا يدري أيكون أو لا يكون .

ج - ألا ترى لو أن رجلا شريفا نكح دنية أعجمية ، أو شريفة نكحت دنيا أعجميا ، فتصادقا في الوجهين على أن لم ينو واحد منهما أن يثبتا على النكاح أكثر من ليلة ، لم يحرم النكاح بهذه النية ؟ لأن ظاهر عقدته كانت صحيحة ، وإن شاء الزوج حبسها ، وإن شاء طلقها .

ثم قال : فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها ، لا يفسدها نية العاقدين ، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى أن لا تفسد بتوهم غير عاقدتها على عاقدتها ثم ، سيما إذا كان توهما ضعيفا ، والله تعالى أعلم ^(١) . هـ

ويعمم الشافعي رحمه الله تعالى نظره هذا على سائر العقود فيقول : وليس تفسد البيوع أبدا ، ولا النكاح ولا شيء أبدا ، إلا بالعقد ، فإذا عقد عقدا صحيحا لم يفسده شيء تقدمه ولا تأخر عنه ، كما إذا عقد عقدا فاسدا : لم يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه ، إلا بتجديد عقد صحيح ^(٢) .

وأخيرا - وبعد هذا العرض المختصر لرأي الشافعي رحمه الله تعالى - فلعل ما نسب إليه من القول بسد الذرائع - بناء على ما وجد في فقهه مما يشير إلى ذلك - إنما هو من باب تحريم الوسائل التي تستلزم المتوسل إليه ، لا من باب الذرائع ، كما حققه العطار في حاشيته على شرح المحلى لجمع الجوامع [٣٦٤/٢] إذ يقول : وأما قاعدة سد الذرائع : فقد اشتهرت عند المالكية ، وزعم القرافي أن كل أحد يقول بها ، ولا خصوصية للمالكية إلا من حيث زيادتهم فيها ، قال : فإن من الذرائع

(١) كتاب إبطال الاستحسان من الأم : ٢٦٧/٧ - ٢٧٠ .

(٢) الأم : ٣٤/٣ ، وانظر الأم : ٤١/٤ ففيه جلاء لموقف الشافعي من الذرائع يشبه ما ذكره هنا ، كما أن فيه مناقشة لمخالفيه يثبت فيها ضعف مأخذهم .

ما يعتبر إجماعاً : كحفر الآبار في طريق المسلمين ، وإلقاء السم في طعامهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها ، وتلفي إجماعاً : كزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الخمر ، وما يختلف فيه كبيع الآجال .

قال العطار : قال المصنف - أي ابن السبكي - : وقد أطلق هذه القاعدة على أعم منها ، ثم زعم أن كل أحد يقول ببعضها ، وسنوضح لك أن الشافعي لا يقول بشيء منها ، وأن ما ذكر أن الأمة أجمعت عليه ليس من مسمى الذرائع في شيء . نعم حاول ابن الرفعة تخريج قول الشافعي رضي الله عنه في باب إحياء الموات من الأم ، عند النهي عن منع الماء ليمنع به الكلأ : إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله . فقال : في هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحرام والحلال تشبه معاني الحلال والحرام .

قال ابن السبكي : وفازعه الشيخ الإمام الوالد وقال : إنما أراد الشافعي رحمه الله تعالى تحريم الوسائل لا سد الذرائع ، والوسائل تستلزم المتوصل إليه ، ومن هذا منع الماء ، فإنه يستلزم منع الكلأ الذي هو حرام ، ونحن لا تنازع فيما يستلزم من الوسائل ، ولذلك نقول : من حبس شخصاً ومنعه من الطعام والشراب فهو قاتل له ، وما هذا من سد الذرائع في شيء .

قال الشيخ الإمام : وكلام الشافعي في نفس الذرائع لا في سدها ، وأصل النزاع بيننا وبين المالكية إنما هو في سدها . هـ

وهذا التحقيق سديد ووجيه ، فالقول بتحريم الوسائل التي تستلزم المحرم المتوصل إليه قائم على أساس يقرب من اليقين ، بينما القول بسد الذرائع قائم - في أغلب صورته - على الظن والتوهم والتخمين ، وشتان ما بينهما ، ولذلك كان مسلك الشافعي رحمه الله تعالى في عدم أخذ الناس بالتهمة وإفساد تصرفاتهم بالظن مسلماً سليماً وصحيحاً ، يتفق مع ما دلت عليه نصوص الشريعة السمحة من أخذ المكلفين بظواهرهم ، وترك سرائرهم إلى الله تعالى - كما أثبت الشافعي بما سقناه لك من كلامه وبيناه في جلاء موقفه - وذلك كي تستقر للناس أحوالهم ، ويطمئنوا إلى تصرفاتهم ، طالما أنها لا تصادم الشريعة في ظاهرها ، والله أعلم .

شواهد من فقه الأئمة على العمل بسد الذرائع :

في الفقه المالكي :

شواهد إعمال سد الذرائع عند المالكية أكثر من أن تحصى ، حيث إنهم أعملوه في استنباطاتهم وتخريجاتهم في جميع أبواب الفقه ، وبالغوا في ذلك حتى عد سد الذرائع — كما رأينا — من خصوصيات مذهب إمام دار الهجرة ، وحمل بعض العلماء على أن وصفهم بالمغالاة في إعمال هذا الأصل^(١) .

ومن أبرز تطبيقات سد الذرائع عند المالكية منعهم للعقود التي تتخذ ذريعة إلى أكل الربا ، ومن ذلك :

أ — ييوع الآجال : فقد عقد صاحب الشرح الكبير [٧٦/٣] فصلاً خاصاً تحت هذا العنوان فقال : فصل في ييوع الآجال ، وهي ييوع ظاهرها الجواز ، لكنها تؤدي إلى ممنوع .

ثم قال : ومنع عند مالك ومن تبعه للتهمة — أي لأجل ظن قصد ما منع شرعاً سداً للذريعة — ما — أي بيع جائز في الظاهر — كثر قصده أي قصد الناس له للتوصل إلى الربا الممنوع .

ومثله فعل ابن رشد في كتابه بداية المجتهد [١٤٠/٢] .

ومن أمثلة هذا البيع :

— ما يؤدي إلى : أنظرنني أزدك ، جاء في الموطأ [٦٧٣/٢] : قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار إلى أجل ، فإذا حلت قال له الذي عليه الدين : بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقداً بمائة وخمسين إلى أجل ؟ هذا بيع لا يصلح ، ولم يزل أهل العلم يتهون عنه .

قال مالك : وإنما كره ذلك ، لأنه إنما يعطيه ثمن ما باعه بعينه ، ويؤخر عنه المائة الأولى إلى الأجل الذي ذكر له آخر مرة ، ويزداد عليه خمسين ديناراً في تأخيرها

(١) انظر سد الذرائع : ٤٦٠ — ٤٨٠ فقد نقل شواهد كثيرة عن مختلف كتب المذهب في مختلف الأبواب ، وانظر بداية المجتهد : ١٢٧/٢ وما بعدها و ٢٠٣ وما بعدها .

عنه ، فهذا مكروه ولا يصلح • وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم في بيع أهل الجاهلية • وحديث زيد هو أنه قال : كان الربا في الجاهلية : أن يكون للرجل على الرجل الحق إلى أجل ، فإذا حل الأجل قال : أتقضي أم تربني ؟ فإن قضى أخذ ، وإلا زاده في حقه وآخر عنه في الأجل •

ولبيوع الآجال أمثلة كثيرة مبسطة في كتب المذهب •

ب - ما يؤدي إلى بيع المال الربوي متفاضلا : ومثاله أن يبيع صنفا وسطا في الجودة بصنفين أحدهما أجود والآخر أردأ •

جاء في الموطأ [٦٤٧/٢] : قال مالك : لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدي زبد ، وهو مثل الذي وصفنا من التمر الذي يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة ، حين قال لصاحبه : إن صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من العجوة لا يصلح ، ففعل ذلك ليجيز بيعه ، وإنما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبد له ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن • [وانظر الموطأ : ٦٣٩/٢]

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٣٩/٢] : فإن مالكا يرد هذا ، لأن يتهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب ، فجعل معه الرديء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك • هـ

ومثله المراطة ، وهي : بيع النقد بصنفه وزنا ، لا تجوز عند مالك إذا اختلفت صفة الذهبين في الجودة والرداءة •

جاء في الموطأ [٦٣٨/٢] : في الرجل يراطل الرجل ويعطيه الذهب العتق الجياد ، ويجعل معه تبرا ذهباً غير جيدة ، ويأخذ من صاحبه ذهباً كوفية مقطعة ، وتلك الكوفية مكروهة عند الناس ، فيتبايعان ذلك مثلاً بمثل ، إن ذلك لا يصلح •

قال مالك : وتفسير ما كره من ذلك : أن صاحب الجياد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ، ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه بتبره ذلك إلى ذهب الكوفية ، فامتنع •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٩٧/٢] : وعمدة مذهب مالك - في منعه ذلك - الاتهام ، وهو مصير إلى القول بسد الذرائع ، وقال : مثال ذلك : أن إنسانا قال لآخر خذ مني خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى ، فقال : لا يجوز لنا هذا ، ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطي أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهبي الوسط العشرين من ذهبك الأعلى •

قال مالك : فلا ينبغي أن يجعل مع الصنف الجيد - من المرغوب فيه - الشيء الرديء المسخوط ليجاز البيع ، وليستحل بذلك ما نهي عنه من الأمر الذي لا يصلح ، إذا جعل ذلك مع الصنف المرغوب فيه ، وإنما يريد صاحب ذلك أن يدرك بذلك فضل جودة ما يبيع •

ج - في الشركة والتولية : جاء في الموطأ [٦٧٧/٢] : قال مالك في الرجل يقول للرجل : اشتر هذه السلعة بيني وبينك ، وانقد عني ، وأنا أبيعها لك • إن ذلك لا يصلح حين قال : انقد عني وأنا أبيعها لك ، وإنما ذلك سلف يسلفه إياه على أن يبيعها له ، ولو أن تلك السلعة هلكت أو فانت أخذ ذلك الرجل الذي نقد الثمن من شريكه ما نقد عنه ، فهذا من السلف الذي يجز منفعة •

د - القراض بالدين : جاء في الموطأ [٦٨٩/٢] : قال مالك : إذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا ، إن ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك • وإنما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه •

هـ - تأجيل الصداق : قال في الشرح الكبير [٣٠٩/٢] : والأجل في الصداق ، أي يكره تأجيله بأجل معلوم ولو إلى سنة ، لثلا يتذرع الناس إلى النكاح بغير صداق ، ويظهرون أن هناك صداقا مؤجلا • هـ

وغير ذلك من الأمثلة كثير في مختلف أبواب الفقه ، وسنبين بعضها إن شاء الله تعالى عند الكلام عن الفروع التي انبنت على هذا الأصل •

في الفقه الحنبلي :

ذكرنا سابقاً: أن الحنابلة يأتون في الدرجة الثانية بعد المالكية عملاً بسد الذرائع، ولذلك نجد أيضاً لديهم الكثير من المسائل التي اعتمدوا فيها على هذا الأصل ، وإليك ذكر بعض هذه المسائل :

أ - منعهم العقود المؤدية إلى الربا :

منها : اشترى نسيئة ما باعه نقداً : قال ابن قدامة : وإن باع سلعة بنقد ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، فقال أحمد في رواية حرب : لا يجوز ذلك إلا أن يغير السلعة ، لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا ، فأشبه مسألة العينة (١) .

قال : ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه ، إلا أن يكون ذلك عن مواطاة أو حيلة فلا يجوز ، وإن وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد جاز ، لأن الأصل حل البيع ، وإنما حرم في مسألة العينة بالأثر الوارد فيه ، وليس هذا في معناه ، ولأن التوسل بذلك أكثر ، فلا يلتحق به مادونه ، والله أعلم .

ومنها : ما يؤدي إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة : قال ابن قدامة : ومن باع طعاماً إلى أجل ، فلما حل الأجل أخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاماً قبل قبضه ، لم يجز .

قال : ووجه ذلك : أنه ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة ، فحرم كمسألة العينة ، فعلى هذا : كل شيئين حرم النساء فيهما ، لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه إذا كان البيع نساء ، نص أحمد على ما يدل على هذا .

قال ابن قدامة : والذي يقوى عندي جواز ذلك ، إذا لم يفعل حيلة ، ولا قصد ذلك في ابتداء العقد . [المغني : ١٣٣/٤ - ١٣٤] .

ب - الوصية للمخالعة في مرض الموت :

إذا خالغ الزوج امرأته وهو في مرض الموت صح خلعها ، فإذا أوصى لها بعد ما خالغها : فإن كان ما أوصى لها به أقل مما كانت تستحقه بالإرث لو كانت زوجة

(١) وهي أن يشتري ما باعه إلى أجل بأقل مما باعه نقداً . انظر ص : ٣٨٣ .

أو مثله ، صحت الوصية واستحققتها ، وإن كانت الوصية أكثر مما كانت تستحقه بالإرث فلا تلزم الوصية إلا بمقداره ، لأنه يهتم أنه اتخذ الخلع والوصية ذريعة ليوصل إليها أكثر من حقها ، ويدخل الضرر بذلك على بقية الورثة •

قال الخرقى : ولو خالعا في مرض موته ، وأوصى لها بأكثر مما كانت تراث ، فللورثة ألا يعطوها أكثر من ميراثها • قال ابن قدامة : لأنه اهتم في أنه قصد إيصال ذلك إليها ، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله ، فطلقها ليوصل ذلك إليها ، فمنع منه ، كما لو أوصى لوارث • [المغني ٧/ ٣٥٦] •

ج - منعهم العقود التي تؤدي إلى الحيل :

من تطبيقات الحنابلة لأصل سد الذرائع تحريمهم للحيل ، حيث إنها تناقض سد الذرائع •

قال ابن القيم [إعلام الموقعين : ١٧١/٣] : وتجوز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة ، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفساد بكل ممكن ، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة ، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه • هـ

ولذلك منعوا كل فعل قصد به صاحبه أمراً محظوراً ، أو كان ظاهره أنه قصد ذلك : ومثال هذا : عدم قطع الثمرة المشتراة حتى يبدو صلاحها •

اتفق الفقهاء — على أنه إذا اشترى الثمرة قبل بدو صلاحها ، بشرط تركها على الشجر حتى يبدو صلاحها — أن ذلك البيع باطل • وأنه إذا اشتراها بشرط القطع جاز ، فإذا تركها حتى بدا صلاحها : بطل البيع على الأصح من الروايتين عن أحمد لأنه يهتم أنه قصد بشرط القطع في الحال التحيل — بالتواني والتساهل — على الإبقاء حتى يبدو صلاح الثمر ، فيكون توصل إلى تجويز شراء الثمر قبل بدو الصلاح مع شرط الترك ، وهذا باطل •

قال الخرقى : فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع • قال ابن قدامة :
اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ، فتركها
حتى بدا صلاحها : فنقل عنه حنبل وأبو طالب : أن البيع يبطل ، قال القاضي : هي
أصح • قال : ونقل أحمد بن سعيد : أن البيع لا يبطل • هـ

وقال في تعليل رواية البطلان : لأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء
الثمرة قبل بدو صلاحها ، وتركها حتى يبدو صلاحها ، ووسائل الحرام حرام
كبيع العينة •

وقال بعد مناقشة الروایتين والأدلة وكيف يتصرف في الثمرة : وهذا فيما إذا
لم يقصد وقت الشراء تأخيرها ، ولم يجعل شرائه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه
من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، لتركها حتى يبدو صلاحها ، فأما إن قصد ذلك
فالبيع باطل من أصله ، لأنه حيلة محرمة • [المغني : ٤ / ٦٥ - ٦٧]

د - الشراء ممن يرخّص في السلع :

نقل عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى : أنه كان يكره الشراء ممن يرخّص
السلع ، ليمنع الناس من الشراء من جاره ، وقد ورد نهى النبي ﷺ عن طعام المتبارين
[أبو داود : ٣٠٩ / ٢] • وهما الرجلان يقصد كل منهما مباراة الآخر في التبرع ،
والذي يرخّص في السعر للإضرار يشبه هذا ، بل هو أشد قبحاً ، لأنه يعتمد على
الإضرار بغيره •

قال ابن القيم : ونص الإمام أحمد على كراهية الشراء من هؤلاء ، وهذا
النهي يتضمن سد الذريعة من وجهين :

أحدهما : أن تسليط النفوس على الشراء منهما وأكل طعامهما تفريح لهما ،
وتقوية لقلوبهما ، وإغراء لهما على فعل ما كرهه الله ورسوله •

الثاني : أن ترك الأكل من طعامهما ذريعة إلى امتناعهما وكفهما عن ذلك •

[إعلام الموقعين : ٣ / ١٦٩ ، ابن حنبل : ٣٢١ ، سد الذرائع : ٤٨٥]

هـ - منع الإنسان الطعام والشراب حتى يموت :

إذا احتاج إنسان لطعام غيره - وهو مستغن عنه - فمنعه منه حتى مات جوعاً: فقد أفتى الإمام أحمد رحمه الله تعالى بوجوب البدية على المانع ، لأن منعه كان وسيلة موته ، وذلك سداً لذريعة الشر والفساد ، ولبت روح التعاون بين الناس •

قال ابن قدامة : وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه ، فمنعه إياه - مع غناه عنه في تلك الحال - فمات بذلك ، ضمنه المطلوب منه •

قال : لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ، ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو في يده ، وله أخذه قهراً ، فإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه ، فلزمه ضمانه • [المغني : ٤٣٣/٨ ، ابن حنبل : ٣١٨]

في فقه الحنفية :

من تطبيقات العمل بسد الذرائع عند الحنفية :

١ - صوم يوم الشك :

وهو اليوم الذي يشك الناس فيه : هل هو من رمضان أو من شعبان •

المختار عند الحنفية استحباب صوم المفتي ليوم الشك ، ويفعله سراً حتى لا يتهم بالعصيان ، ويفتي الناس بالإفطار حسماً لمادة اعتقاد الزيادة •

قال ابن الهمام : المختار أن يصوم المفتي نفسه أخذاً بالاحتياط ، ويفتي العامة بالتلوم إلى وقت الزوال ثم بالإفطار ، حسماً لمادة اعتقاد الزيادة ، ويصوم فيه المفتي سراً لئلا يتهم بالعصيان ، فإنه أفتاهم بالإفطار بعد التلوم لحديث العصيان^(١) ، وهو مشتهر بين العوام ، فإذا خالف إلى الصوم اتهموه بالمعصية • هـ

(١) حديث العصيان : هو ما ذكر من قوله ﷺ : (من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم) . قال ابن الهمام : وإنما ثبت موقوفاً على عمار ، ذكره البخاري تعليقاً عنه [البخاري : ٣٤/٣ ، فتح القدير : ٥٤/٢] .

ودليل الاستحباب - على ما ذكره ابن الهمام - ما في الصحيحين أنه ﷺ قال لرجل : (هل صمت من سرر شعبان^(١) ؟ قال : لا . قال : فإذا أفطرت فصم يوماً مكانه) [انظر البخاري : ٥٤/٣] .

فأمر العامة بالإفطار بعد الزوال : حتى لا يكون الصوم ذريعة لاعتقادهم الزيادة ، وأن يلحقوا بالفريضة ما ليس منها .

وأما طلب الإسرار بصومه من الإمام وغيره من الخاصة : حتى لا يكون ذريعة لاتهمهم بمخالفة نهي النبي ﷺ عن صوم يوم الشك .

وهذا تطبيق عملي لسد الذرائع ، اختاره علماء المذهب ، وفعله أئمتهم .
[فتح القدير : ٥٥/٢ - ٥٧ ، وانظر سد الذرائع : ٤٩٣]

ب - الحداد على البائن والمتوفى عنها زوجها :

قال في بداية المبتدي : وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها - إذا كانت بالغة مسلمة - الحداد ، وقال : والحداد : أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر . قال صاحب العناية : والمعنى في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان :

- أحدهما : ما ذكرناه من إظهار التأسف .

- والثاني : أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها ، لأن المرأة إن كانت مترينة متعطية تزيد رغبة الرجل فيها ، وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة أو الطلاق ، فتجتنبها كي لا تصير ذريعة - أي وسيلة - إلى الوقوع في المحرم وهو النكاح . [الهداية وشروحها : ٢٩١/٣ - ٢٩٤] .

ج - إقرار المريض :

إذا أقر الرجل بدين - وهو في مرض الموت - فإنه يthem أنه قصد بهذا الإقرار إبطال حق الغير ، ولذلك لا يكون هذا الإقرار ملزماً كما لو كان في حال الصحة . وهذه بعض الصور :

(١) آخر ليلة منه ، لأنها يستمر فيها الهلال بنور الشمس .

١ - أقر بدين في مرضه وعليه دين في الصحة : قدم دين الصحة ، وكذلك الدين الذي لزمه حال المرض بأسباب معلومة - كبدل مال ملكه أو استهلكه ، ومهر مثل امرأة تزوجها - تقدم هذه الديون على ما أقر به من ديون غير معلومة الأسباب ، وذلك لأنه يتهم أنه قصد بإقراره مضايقة الغرماء .

قال في بداية المبتدي : وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون ، وعليه ديون في صحته ، وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة ، فدين الصحة و الدين المعروف الأسباب مقدم .

قال في الهداية مستدلاً بهذا : ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك ، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ، ولهذا منع من التبرع والمحابة إلا بقدر الثلث . [الهداية وشروحها : ٢/٧ - ٣] .

٢ - أقر لغير وارث ثم أصبح وارثاً : فيبطل الإقرار بسبب تهمة الإيثار .

قال في الهداية [٤٦٠/٨] : وإذا أقر المريض لابنه بدين - وابنه نصراني - أو وهب له ، أو أوصى له ، فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله .

أما الهبة والوصية : فلما قلنا إنه وارث عند الموت ، وهما إيجابان عنده أو بعده . والإقرار - وإن كان ملزماً بنفسه - ولكن سبب الإرث - وهو البنوة - قائم وقت الإقرار ، فيعتبر في إبطال تهمة الإيثار .

٣ - الإقرار لمن طلقها في الصحة : إذا تصادق المريض وزوجته على أنه طلقها ثلاثاً في الصحة وانقضت عدتها ، ثم أقر لها بدين ، وأوصى لها بشيء ، ينظر : فإن كان ما أقر به أو أوصى أقل من الميراث الذي كانت تستحقه لو كانت زوجة أعطيته ، وإن كان أكثر أعطيت قدر الميراث ، وذلك لتهمة أنه تواضع معها على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليعطيها زيادة على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة فقط فترده .

قال في الدر المختار [٣٩٢/٢] : تصادقا - أي المريض مرض الموت والزوجة - على ثلاث في الصحة ، وعلى مضي العدة ، ثم أقر لها بدين أو عين ، أو أوصى لها بشيء ، فلها الأقل منه - أي مما أقر أو أوصى - ومن الميراث ، للتهمة .

في الفقه الشافعي :

أمثلة من فقه الشافعية ظاهرها العمل بمبدأ سد الذرائع منها :

١ - إخفاء الجماعة للمعذورين في ترك الجمعة :

المعذورون في ترك الجمعة - كالمريض والمسافرين - يصلون الظهر مكانها جماعة أو فرادى ، واستحب الشافعي رحمه الله تعالى لهم إخفاء الجماعة ، سداً لذريعة التهمة في تركهم لصلاة الجمعة .

قال النووي : قال الشافعي والأصحاب : ويستحب للمعذورين الجماعة في ظهرهم ، وحكى الرافعي : أنه لا يستحب لهم الجماعة ، لأن الجماعة المشروعة هذا الوقت الجمعة . قال النووي : والمذهب الأول ، كما لو كانوا في غير البلد ، فإن الجماعة تستحب في ظهرهم بالإجماع . وقال : فعلى هذا قال الشافعي : أستحب لهم إخفاء الجماعة ، لئلا يتهموا في الدين ، وينسبوا إلى ترك الجماعة تهاوناً^(١) .

٢ - الفطر بعذر في رمضان لا يجهر بفطره :

المسافر والمريض - إذا أفطرا في رمضان بسبب السفر والمرض - يستحب لهما أن لا يأكلا عند من يجهل عذرهما ، سداً لذريعة التهمة بالفسوق والمعصية .

قال في المذهب [٢٨٧/٦] : فإن قدم المسافر وهو مفطر ، أو برىء المريض وهو مفطر ، استحب لهما إمساك بقية النهار لحرمة الوقت ، ولا يجب ذلك لأنهما أفطرا بعذر ، ولا يأكلان عند من لا يعرف عذرهما ، لخوف التهمة والعقوبة .

٣ - تضمين الأجير المشترك :

الصحيح عند الشافعي رحمه الله تعالى : أن الأجير لا يضمن مطلقاً ، خاصة كان أو مشتركاً ، ويروي الربيع أنه كان لا ييؤح بهذا خوفاً من ضياع أموال الناس .

(١) المجموع : ٣٦٣/٤ وهكذا في النسخة : الجماعة ، ولعلها : الجمعة ، كما يفهم من السياق وتدل عليه كتب المذهب . انظر مفني المحتاج : ٢٧٩/١ ، والمذهب : ٤٠٨/١ ، وانظر سد الذرائع : ٤٩٨ .

جاء في الأم [٢٦٤/٣] : قال الربيع : الذي يذهب إليه الشافعي - فيما رأيت - أنه لا ضمان على الصانع إلا ما جنت أيديهم ، ولم يكن ييوح بذلك خوفاً من الضياع . هـ
وهذا من الشافعي رحمه الله تعالى ظاهره العمل بسد الذرائع ، حيث امتنع عن فتوى الناس بما يرى صحته ، حتى لا يتخذها الفجار ذريعة لتضييع الأموال ، بالتهاون في حفظها والعناية بها .

٤ - إقرار المحجور عليه بالدين :

من تطبيقات سد الذرائع عند الشافعية - حسب الظاهر - حكمهم بعدم لزوم إقرار المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر في حق الغرماء ، لأنه قد يتخذ ذريعة إلى التصرف بأمواله عن مواطاة وحيلة .

وفي هذا يقول الشيرازي في المذهب [٢٨٥/١٣] : وإن أقر - يعني المحجور عليه - بدين لزمه قبل الحجر لزم الإقرار في حقه ، وهل يلزم في حق الغرماء ؟ فيه قولان : أحدهما : لا يلزم ، لأنه متهم ، لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه .
والثاني : أنه يلزمه ، وهو الصحيح . هـ

والملاحظ هنا : أن الذريعة والتهمة علل بها على القول المقابل للصحيح .

٥ - قضاء القاضي بعلمه :

من المقرر لدى الشافعي رحمه الله تعالى : أن القاضي يقضي بعلمه ، ولكنه كان يكره الكلام بهذا بعد ما فسد القضاء ، سداً لذريعة الجور على الناس .

قال في الأم [٤٤/٧] : إذا كان القاضي عدلاً ، فأقر رجل بين يديه بشيء ، كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من يشهد ، لأنه قد يمكن أن يشهدوا عنده بزور ، والإقرار عنده ليس فيه شك ، وأما القضاء اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا كراهية أن أجعل لهم سبيلاً إلى أن يجوروا على الناس ، والله تعالى الموفق .

٦ - حرمان القاتل من الميراث :

ومما يذكر من صور سد الذرائع عندهم : تصحيحهم للقول بحرمان القاتل من الميراث بكل حال ، سواء كان القتل مضموناً أو غير مضمون ، وسواء كان القاتل متهماً بتعجيل الميراث أو غير متهم ، حسماً للباب وسداً لذريعته .

قال في المذهب [٢١٦/١٥] : واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه :

فمنهم من قال : إن كان القتل مضموناً لم يرثه ، لأنه قتل بغير حق . وإن لم يكن مضموناً ورثه ، لأنه قتل بحق ، فلا يحرم به الإرث .

ومنهم من قال : إن كان متهماً كالمخطيء ، أو حاكماً فقتله في الزنا بالبينّة ، لم يرثه ، لأنه متهم في قتله لاستعجال الميراث . وإن كان غير متهم — بأن قتله بإقراره بالزنا — ورثه ، لأنه غير متهم لاستعجال الميراث .

ومنهم من قال : لا يرث القاتل بحال ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال : (لا يرث القاتل شيئاً) .

[الترمذي : ٢٨٨/٣ ، ابن ماجه : ٨٨٣/٢ ، أبو داود : ٤٩٦/٢]

ولأن القاتل حرم الإرث حتى لا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث ، فوجب أن يحرم بكل حال سداً للباب . هـ

٧ - من استعجل شيئاً قبل أو انه عوقب بحرمانه :

قيل : إن من أبرز الشواهد على العمل بسد الذرائع عند الشافعية تقريرهم هذه القاعدة وتفريعهم الفروع عليها .

قال السيوطي بعد ذكره لها : من فروعها : إذا خللت الخمرة بطرح شيء فيها لم تطهر ، وظهيره : إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده لم يجز ، كما جزم به في الروضة . قال بعضهم : قياسه : أنه لو دبغ لم يطهر ، لكن صرح القمولي في الجواهر بخلافه . ومنها : حرمان القاتل الإرث .

ومنها : ذكر الطحاوي في مشكل الآثار : أن المكاتب إذا كانت له قدرة على

الأداء ، فأخره ليدوم له النظر إلى سيده لم يجز له ذلك ، لأنه منع واجباً عليه ليبقى له ما يحرم عليه إذا أداه ، ونقله عنه السبكي في شرح المنهاج وقال : إنه تخريج حسن لا يبعد من جهة الفقه •

قال السيوطي بعد ذكر الصور الخارجة عن القاعدة :

تنبيه : إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها ، بل في الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث •

وأما تخليل الخمر : فليست العلة في الاستعجال على الأصح ، بل تنجيس الملاقي له ، ثم عوده عليه بالتنجيس •

وأما مسألة الطحاوي : فليست من الاستعجال في شيء ، وكنت أسمع شيخنا — قاضي القضاة علم الدين البلقيني — يذكر عن والده : أنه زاد في القاعدة لفظاً لا يحتاج معه إلى الاستثناء ، فقال : من استعجل شيئاً قبل أوانه ، ولم تكن المصلحة في ثبوته ، عوقب بحرمانه • [الأشباه والنظائر ١٦٩ — ١٧١] •

والذي يظهر من هذه الأمثلة : أن الشافعية إذا ذكروا التهمة والذريعة فإنما يذكرونها من باب الاستثناس لا من باب الاستدلال ، وعلى سبيل الاستحباب أو الحيطة ، لا على سبيل المنع أو الإلزام ، حيث إننا نجد لهم في كل مسألة — ذكروا فيها الذرائع — دليلاً آخر هو عمدتهم فيها •

عمدة القول بسد الذرائع :

استدل العلماء — للقول بسد الذرائع — بشواهد كثيرة من الكتاب والسنة وعمل الصحابة ، ثبت هذا الأصل وتشهد للعمل به ، ومن أجاد وأفاض في الاستدلال له ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين ، حيث إنه ذكر تسعة وتسعين وجهاً من الكتاب والسنة وعمل الصحابة تدل على منع الذرائع • فقد قال بعد تحريره محل الخلاف فيها : الدلالة على المنع من وجوه : ثم ذكر هذه الوجوه ، ثم قال : ولنقتصر على هذا العدد من الأمثلة ، الموافق لأسماء الله الحسنى التي من أحصاها دخل الجنة ،

تفاؤلاً بأنه من أحصى هذه الوجوه وعلم أنها من الدين وعمل بها دخل الجنة ، إذ قد يكون قد اجتمع له معرفة أسماء الرب تعالى ومعرفة أحكامه ، والله وراء ذلك أسماء وأحكام^(١) .

وما ذكره غيره من وجوه داخل فيما ذكره ، بل هو جزء قليل منه ، وإليك ذكر أبرز هذه الأدلة :

١ - من الكتاب :

— قوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم كذاك زينا لكل أمة عملهم ثم إلى ربهم مرجعهم فينبئهم بما كانوا يعملون » .
/ الأنعام : ١٠٨ / .

فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين — مع كون السب غيظاً لهم وحمية لله وإهانة لأصنامهم — لكونه ذريعة إلى أن يسبوا الله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم . وهذا كالتبنيه — بل كالتصريح — على المنع من الجائر لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز .

— قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرونا واسمعوا وللكافرين عذاب أليم » / البقرة : ١٠٤ /^(٢) .

نهى الله سبحانه وتعالى المؤمنين أن يقولوا هذه الكلمة — مع أن قصدهم كان حسناً — لئلا يكون ذلك ذريعة إلى أن يقولها اليهود للنبي ﷺ تشبهاً بالمسلمين ، ولكنهم يقصدون بها غير ما يقصده المسلمون ، وإنما يسبون بها النبي ﷺ .

(١) إعلام الموقعين : ١٤٩/٣ — ١٧١ ، وانظر : الموافقات : ٣٦٢/٢ ، ٣٠٤/٣ ، ٢٠٠/٤ . وانظر أيضاً : سد الذرائع : ٢٥٠ — ٣٧٦ ، فقد ذكر المؤلف : تسعة مباحث بين فيها مظاهر سد الذرائع وشواهدا من الكتاب الكريم ، وستة عشر مبحثاً بين فيها مظاهر سد الذرائع وشواهدا في السنة ، وثلاثة وأربعين مبحثاً بين فيها شواهد سد الذرائع في فقه الصحابة والتابعين .

(٢) راعنا : أي ارعنا سمعك ، وكان اليهود يقولونها ويقصدون بها وصفه بالرعونة ، وهي حماقة والطيش .

— قوله تعالى : « ذلك بأنهم لا يصيبهم ظمأ ولا نصب ولا مخمصة في سبيل الله ولا يظؤون موطناً يغيط الكفار ولا ينالون من عدو نيلاً إلا كتب لهم به عمل صالح إن الله لا يضيع أجر المحسنين »^(١) / التوبة : ١٢٠ / .

قال القرافي : وينبه على اعتبار الوسائل قوله تعالى (فذكر الآية) ثم قال : فأثابهم الله على الظمأ والنصب — وإن لم يكونا من فعلهم — لأنهما حصلتا لهم بسبب التوسل إلى الجهاد ، الذي هو وسيلة لإعزاز الدين ووصون المسلمين ، فلا استعداد وسيلة إلى الوسيلة .

٢ — من السنة :

— أن النبي ﷺ كان يكف عن قتل المنافقين — مع كونه مصلحة — لئلا يكون ذريعة إلى تغيير الناس عنه وقولهم : إن محمداً يقتل أصحابه ، فإن هذا القول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه ومن لم يدخل فيه ، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

— أن النبي ﷺ منع المقرض من قبول الهدية من المدين إلا أن يحسبها من دينه ، وما ذاك إلا لئلا يتخذ ذريعة إلى تأخير الدين لأجل الهدية فيكون ربا ، فإنه يعود إليه ماله ، وقد اكتسب الفضل الذي آل إليه بالإهداء ، فيكون قد استفاد بسبب القرض ، وهو الربا .

٣ — من فتاوى الصحابة :

— أن السابقين الأولين — من المهاجرين والأنصار — ورثوا المطلقة المتبوتة في مرض الموت ، حيث يثهم المطلق بقصد حرمانها من الميراث ، وإن لم يقصد الحرمان ، لأن الطلاق ذريعة إليه .

— أن الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على قتل الجماعة بالواحد ، وإن كان أصل القصاص يمنع ذلك ، لأن من معنى القصاص المساواة ، وإنما قالوا بذلك لئلا يكون عدم القصاص منهم ذريعة إلى التعاون على سفك الدماء .

[إعلام الموقعين : ٣/ ١٤٩ ، شرح تنقيح الفصول : ٢٠٠ ، تبصرة الحكام : ٢/ ٣٧٦]

(١) نصب : تعب . مخمصة : جوع شديد . نيلاً : غنيمة أو قتلاً أو أسراً .

الفصل الثاني

أثر القول بسيد الذرائع في الفقه الإسلامي

وفيه المسائل التالية :

- ١ - مات وعليه زكاة لم يؤدها .
- ٢ - اشتراء الجماعة في الصيد .
- ٣ - بيع الحيوان بالحيوان .
- ٤ - حكم السلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه .
- ٥ - اشتري طعاماً من رب السلم ليوفيه المسلم فيه .
- ٦ - بيع المسلم فيه قبل قبضه .
- ٧ - الإقالة من بعض المسلم فيه .
- ٨ - الإقالة مع تأخير رأس مال السلم .
- ٩ - الإقالة على الزيادة والنقصان .
- ١٠ - الشراء برأس مال السلم بعد الإقالة وقبل القبض .
- ١١ - نكاح المريض مرض الموت .
- ١٢ - شهادة الأصول والفروع .
- ١٣ - شهادة الزوجين .
- ١٤ - قضاء القاضي بعلمه .
- ١٥ - القضاء لمن يتهم عليه .

لقد انبنى على الخلاف — في اعتبار الذرائع والقول بسدها وعدم اعتبارها ، وعلى التوسع بالأخذ بها والتضييق في اعتبارها — خلاف بين الفقهاء في كثير من الفروع الفقهية ، فبينما بعضهم يحكم على تصرفات تبدر من المكلف بالبطلان والفساد ويمنع ترتب آثارها عليها ، نجد الفريق الآخر يحكم عليها بالصحة والجواز ، ويبنى عليها آثارها المعتبرة شرعا •

وهكذا نجد أثر هذا الدليل والاختلاف فيه ظاهرا في كثير من أبواب الفقه الإسلامي ، وفي هذا الفصل بعض المسائل الفقهية الفرعية التي تبرز هذا الأثر •

المسألة الأولى : مات وعليه زكاة لم يؤدها :

اختلف الأئمة فيمن وجبت عليه زكاة ومات ولم يؤدها :

١ — فذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه إن أوصى بها يلزم الورثة إخراجها من الثلث ، وإن لم يوص بها لم يلزمهم شيء •

قال في بداية المجتهد [٣٣١/٢] : فقال : مالك : إذا لم يوص بها لم يلزم الورثة إخراجها ، وإذا وصى بها — فعند مالك — يلزم الورثة إخراجها ، وهي عنده من الثلث •

وقال صاحب العناية [٤٦٦/٨] : اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى — من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة — نظر : فيما أن يوصي بها أولا ؟ فإن كان الثاني ، لم تؤخذ من تركته ، ولم تجبر الورثة على إخراجها ، لكن لهم أن يتبرعوا بذلك • وإن كان الأول : ينفذ من ثلث ماله عندنا •

٢ — وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى أنه يلزم الورثة إخراجها من جميع التركة ، أوصى بها أم لم يوص •

قال في الأم [١٣/٢] : وإذا مات الرجل وقد وجبت في ماله زكاة ، وعليه دين ، وقد أوصى بوصايا ، أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا •

وقال ابن قدامة [المغني : ٥٠٩/٢] : ولا تسقط الزكاة بموت رب المال ،
وتخرج من ماله وإن لم يوص بها •

الأدلة :

١ — الظاهر أن عمدة مالك رحمه الله تعالى — في عدم لزوم شيء إذا لم يوص
بها — سد الذريعة ، وذلك : أنه إذا لزم الورثة ، أدى هذا لأن يترك الإنسان أداء
زكاة ماله طول عمره ، اعتمادا على أن ورثته سيخرجونها بعد موته ، وربما يتخذ
ذلك ذريعة للإضرار بهم • وكذلك الأمر — إذا أوصى بها — فإنه أيضا يتهم على
الورثة ، في توصيته بإخراجها ، ولذلك تجعل من جنس الوصايا فتخرج من الثلث •
وأيضا لو أجز هذا لجاز للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره ، حتى
إذا دنا من الموت وصى بها • [بداية المجتهد : ٣٣٢/٢]

٢ — وحجة الحنفية : أنها عبادة من شرطها النية ، فسقطت بموت من هي عليه ،
فإذا أوصى بها كانت من الثلث كغيرها من الوصايا •
وكذلك قالوا : الزكاة وجبت بطريق الصلة ، إذ لا يقابلها عوض مالي ،
والصلوات تسقط بالموت • [بدائع الصنائع : ٩٢٤/٢]

٣ — وحجة الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى قياسها على دين الآدمي والحج ،
إذ إن الزكاة حق مالي واجب تصح الوصية به ، فلا تسقط بموت من هو عليه
كالدين ، وكما أن الدين يخرج من جميع المال فكذلك الزكاة •

قال في الأم [١٠٧/٢ ، ١٠٨] بعد الكلام عن الحج : والقياس في هذا أن
حجة الإسلام من رأس المال • قال : ومن قال هذا القول قاله في الحج بأمر رسول الله
ﷺ به ، ورآه دينا عليه ، وقاله في كل ما كان في معناه ، وقاله في كل ما أوجبه
الله عز وجل عليه ، فلم يكن له مخرج منه إلا بأدائه ، ولم يكن له خيار فيه ، مثل :
زكاة المال ، وما كان لا يكون أبدا إلا واجبا عليه — شاء أو كره — بغير شيء أحدثه

هو ، لأن حقوق الآدميين إنما وجبت لهم من رأس المال ، وهذا من حقوق الآدميين
أمر أن يؤديه إلى صنف منهم بعينه ، فجمع أن وجب وجوب الحج بفرض الله عز وجل ،
وأن كان كما وصفت للآدميين •

وقال النووي [المجموع : ٣٠٥/٥] : دليلنا قوله ﷺ : (فدين الله أحق أن
يقضى) وهو ثابت في الصحيحين • [البخاري : ٤٦/٣ • مسلم : ٨٠٤/٢] هـ •
وفي رواية عند البخاري [٢٣/٣] : (نعم ، حجي عنها ، أرايت لو كان على أمك دين
أكنت قاضيته ؟ اقضوا الله فالله أحق بالوفاء) • وهذا وارد في الحج ، فلاستدلال به
معناه قياس الزكاة على الحج • [وانظر المغني : ٥٠٩/٢]

المسألة الثانية : اشتراك الجماعة في الصيد :

اختلف الأئمة فيما إذا اشترك اثنان أو أكثر — وهم محرمون — في قتل صيد
واحد ، هل يجب على كل منهم جزاء ، أو يجب جزاء واحد على الجميع ؟

١ — فذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه يجب على كل واحد
منهم جزاء كامل •

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ٣٤٦/١ ، ٣٤٩] : قال مالك : إذا قتل جماعة
محرمون صيدا ، فعلى كل واحد منهم جزاء كامل •

وقال في الهداية [٢٨٣/٢] : وإذا اشترك محرمان في قتل صيد ، فعلى كل واحد
منهما جزاء كامل •

٢ — وذهب الشافعي وأحمد — في الصحيح عنه — رحمهما الله تعالى : إلى أنه
يجب جزاء واحد على الجميع •

قال في الأم [١٧٥/٢] : وإذا أصاب المحرمان أو الجماعة صيدا فعليهم كلهم
جزاء واحد •

وقال الخرقى : ولو اشترك جماعة في قتل صيد فعليهم جزاء واحد • قال ابن

قدامة : يروى عن أحمد في هذه المسألة ثلاث روايات : إحداهن : أن الواجب جزاء واحد ، وهو الصحيح (١) .

الأدلة :

١ - عمدة مالك رحمه الله تعالى :

— سد الذرائع : فإنه إذا سقط عنهم الجزاء جملة ، ووجب جزاء واحد ، كانت العقوبة سهلة ، واتخذ ذلك ذريعة إلى قتل المحرم الصيد وارتكاب المحرم ، إذ يلجأ كل من أراد الصيد وهو محرم إلى الاشتراك مع غيره ، لتخفيف الجزاء عن نفسه .
— الجزاء كفارة للإثم ، والكفارة لا تتبع ، لأن الإثم لا يتبع ، فيشبه أن لا يتبع إثم قتل الصيد بالاشتراك فيه ، فيجب أن لا يتبع الجزاء ، فيجب على كل واحد منهم جزاء كامل . [بداية المجتهد : ١/٣٤٦ ، ٣٤٩]

٢ - وعمدة أبي حنيفة رحمه الله تعالى :

أن الفعل الذي صدر منهم — وهو القتل — لا يتجزأ ، وكل فعل لا يقبل التجزئة إذا صدر من فاعلين يضاف إلى كل واحد منهما كملا ، وإذا أضيف إلى كل منهما كملا كان كل واحد منهما جانبا تلك الجناية ، وإذا كان كل واحد منهما جانبا تلك الجناية ، كانت الجناية متعددة ، وتعدد الجناية يوجب تعدد الجزاء لامحالة ، وذلك كما في القصاص وكفارة القتل إذا كان القاتل جماعة .
[الهداية وشروحها : ٢/٢٨٣]

٣ - وعمدة الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى :

— قول الله تبارك وتعالى : « فجزاء مثل ما قتل من النعم » / المائدة : ٩٥ .
فالله سبحانه أوجب المثل ، والجماعة قتلت صيدا واحدا فيلزمهم مثله ، والزائد خارج عنه فلا يجب .

(١) المفني : ٣/٤٥١ ، والرواية الثانية : على كل واحد جزاء . والثالثة : إن كان صوما : صام كل واحد صوما تاما ، وإن كان غير ذلك فجزاء واحد .

— أن هذا مروي عن عدد من الصحابة — منهم : عمر وابن عباس وابن عمر وعبد الرحمن بن عوف — رضي الله عنهم •

ذكر في الأم : أن عمر رضي الله عنه قضى هو ورجل من أصحاب النبي ﷺ — قال مالك : هو عبد الرحمن بن عوف — على رجلين أو طأ ظبيا فقتلاه بشاة •

وذكر أيضا : أن قوما حُرِّموا أصابوا صيدا ، فقال لهم ابن عمر : عليكم جزاء ، فقالوا : على كل واحد منا جزاء أم علينا كلنا جزاء واحد ؟ فقال ابن عمر : إنه لمعمر بكم ، بل عليكم كلكم جزاء واحد •

قال الشافعي : وهذا موافق لكتاب الله عز وجل ، لأن الله تبارك وتعالى يقول : « فجزاء مثل ما قتل من النعم » • وهذا مثل ، ومن قال عليه مثلان فقد خالف معنى القرآن • هـ [الأم : ١٧٥/٢ ، المغني : ٤٥١/٣]

وقد علمنا أن مذهب الصحابي حجة عند الشافعي رحمه الله تعالى إذا وافق ظاهر القرآن •

المسألة الثالثة : بيع الحيوان بالحيوان :

اتفق الأئمة على جواز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا إذا كان يدا بيد ، أي إذا كان البيع حالا ولم يكن إلى أجل •

واختلفوا في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، أي إلى أجل :

١ — ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه : لا يجوز النساء فيما اتفقت منافعها وتشابه مع التفاضل ، ويجوز فيما عدا هذا •

قال في الموطأ [٦٥٢/٢ — ٦٥٣] : ولا بأس أن تتباع البعير النجيب بالبعيرين ، أو الأبعرة ، من الحمولة من ماشية الإبل — وإن كانت من نعم واحدة — فلا بأس أن يشتري منها اثنان بواحد إلى أجل ، إذا اختلفت فبان اختلافها • وإن أشبه بعضها بعضا — واختلفت أجناسها أو لم تختلف — فلا يؤخذ منها اثنان بواحد إلى أجل •

قال مالك : وتفسير ماكره من ذلك : أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما تفاضل في نجابة ولا رحلة ، فإذا كان هذا على ما وصفت لك ، فلا يشتري منه اثنان بواحد إلى أجل • هـ

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٣٢/٢] : هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل : إنه تعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل ، فعلى هذا : لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل •

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى جواز ذلك مطلقا ، وهو الرواية الصحيحة عن أحمد رحمه الله تعالى •

قال في الأم [١٠٤/٣] : ولا بأس أن يبيع الرجل البعير بالبعيرين - مثله أو أكثر - يدا بيد وإلى أجل •

وذكر ابن قدامة في بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا ونسيئة أربع روايات : أولاها : لا يحرم النساء في شيء من ذلك ، سواء يبيع بجنسه أو بغيره ، متساويا أو متفاضلا • وقال بعد ذكره الروايات الأخرى : وأصح الروايات هي الأولى • [المغني : ١١/٤ - ١٢]

٣ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى منع بيع الحيوان بالحيوان نسيئة مطلقا •

قال في العناية [٢٧٩/٥] : لو باع عبدا بعبد إلى أجل لا يجوز •

الأدلة :

١ - عمدة مالك رحمه الله تعالى - في منع النساء فيما اتفقت فيه الأغراض مع التفاضل - سد الذريعة ، وذلك : أنه طالما اتفقت المنافع والأغراض فلا فائدة من بيعه متفاضلا إلى أجل ، إلا أن يكون من باب سلف يجبر نفعا ، وهو محرم ، فكذلك ما يؤدي إليه •

واستشهد ابن رشد لهذا المعنى بما رواه الترمذي [٣٥٤/٢] عن جابر رضي

الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ، ولا بأس به يدا بيد) • ووجه الاستشهاد حملة على ما اتفقت منافع • [بداية المجتهد : ١٣٢/٢]

ولمالك رحمه الله تعالى معتمد آخر في هذا المنع وهو إجماع أهل المدينة •

قال في الموطأ [٦٥٢/٢] : الأمر المجتمع عليه عندنا : أنه لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ، ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم : الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم إلى أجل ، ولا خير في الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم : الدراهم نقدا والجمل إلى أجل ، وإن أخرجت الجمل والدراهم لا خير في ذلك أيضا • هـ

وحجته في جواز النساء مع التفاضل إذا اختلفت الأغراض والمنافع :

— ما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما : أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ في قلائص^(١) الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة • [أبو داود : ٢٢٥/٢] فحمل هذا الحديث على ما اختلفت أغراضه ومنافعه •

— ما رواه في الموطأ [٦٥٢/٢] عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه : أنه باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل •

وما رواه أيضا عن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه ، يوفىها صاحبها بالربذة^(٢) • [انظر بداية المجتهد : ١٣٢/٢]

وهذه الأدلة هي عمدة الشافعي رحمه الله تعالى في جواز النساء مع التفاضل مطلقا ، فقد ذكر في الأم عدة أدلة لبيع الحيوان متفاضلا يدا بيد ونسيئة — منها ما ذكر — ثم قال : وبهذا كله أقول • [الأم : ١٠٣/٣ — ١٠٤]

(١) قلائص : جمع قلوص ، وهي الشابة من الإبل (المصباح) •

(٢) الربذة : بلدة كانت عامرة في صدر الإسلام ، شرقي المدينة •

وكذلك هي عمدة الراوية الصحيحة عن أحمد رحمه الله تعالى في جواز ذلك مطلقا . [المغني : ١١/٤]

٢ - وعمدة الحنفية في منع النساء مطلقا ، أن العلة المحرمة في الربا وصفان : الجنس والقدر من كيل أو وزن ، فإذا وجدا حرم التفاضل والنساء ، وإذا فقد أحدهما ، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء . ويبيع الحيوان بالحيوان - إذا اتفق الجنس - فقد وجد فيه أحد الوصفين ، فحل التفاضل وحرم النساء مطلقا .

ويدعم هذا الاستدلال عندهم ماورد في ذلك من آثار ، قال ابن الهمام : والتحقيق أن المعول عليه في ذلك :

ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت - مما أخرجه الستة إلا البخاري - من قوله ﷺ في آخر الحديث : (فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد) (١) . فألزم التقابض عند الاختلاف ، وهو تحريم النسيئة .

وكذا ما تقدم من رواية أبي داود [٢٢٣/٢] : عن عبادة رضي الله عنه من قوله ﷺ : (ولا بأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما ، يدا بيد ، وأما النسيئة فلا) .

وما أخرجه أبو داود [٢٢٤/٢] من حديث سمرة ، عن النبي ﷺ : أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . فقام دليلا على أن وجود أحد جزئي علة الربا علة لتحريم النساء . [الهداية وشروحها : ٢٧٩/٥ - ٢٨١]

قال ابن رشد [بداية المجتهد : ١٣٢/٢] : أما الشافعي فكأنه ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له ، لأن

(١) الحديث بكامله : عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد) . [مسلم : ١٢١١/٣] وهذا الحديث هو الاصل في باب الربا .

ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة ، اتفق الجنس أو اختلف .
ومالك ذهب مذهب الجمع : فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض ، وحديث
عمرو بن العاص على اختلافها (١) .

المسألة الرابعة : حكم السلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه :

اختلف العلماء : فبين أسلم في شيء من الثمر ، فلما حل الأجل تعذر تسليمه
حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه :

١ - فذهب أبو حنيفة ، والشافعي في الأظهر ، وأحمد على الصحيح ،
رحمهم الله تعالى : إلى أن المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن ، أو يصبر حتى يوجد
المسلم فيه . وهذا قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وهو المعتمد في
المذهب المالكي .

قال في الهداية [٣٣٢/٥] : ولو انقطع بعد المحلِّ قرب السلم بالخيار : إن
شاء فسخ السلم ، وإن شاء انتظر وجوده .

وقال في الأم [١٢١/٣] : إذا سلف رجل رجلا في رطب أو غنبل إلى أجل
يطيبان له فهو جائز ، فإن تعد الرطب أو الغنبل - حتى لا يبقى منه شيء بالبلد
الذي سلفه فيه - فقد قيل : المسلف بالخيار ، فإن شاء رجع بما بقي من سلفه ،
كأن سلفه مائة درهم في مائة مد ، فأخذ خمسين ، فيرجع بخمسين . وإن شاء آخر
ذلك إلى رطب قابل ، ثم أخذ بيعه بمثل صفة رطبه وكيله ، وكذلك الغنبل وكل
فاكهة رطبة تنفذ في وقت من الأوقات ، وهذا وجه .

قال في المنهاج [١٠٦/٢] : ولو أسلم فيما يعم ، فانقطع في محله ، لم يفسخ
في الأظهر ، فيتخير المسلم بين فسخه والصبر حتى يوجد .

وقال ابن قدامة [المغني : ٢٢٢/٤] إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل
- إما لغيبة المسلم إليه ، أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه ، أو لم تحمل

(١) وهكذا ذكر الحديث عن عمرو بن العاص ، والصحيح عن ابنه عبد الله .

الثمار تلك السنة - فالمسلم بالخيار : بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به ، وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن - إن كان موجوداً - أو بمثله - إن كان مثلياً - وإلا قيمته . قال ابن قدامة بعد ذكره وجهاً ثانياً : والأول الصحيح .

وقال ابن رشد [بداية المجتهد : ٢/٢٠٣] : إذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار : بين أن يأخذ الثمن ، أو يصبر إلى العام المقبل ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم . ثم قال بعد ذكره الأقوال الأخرى في المذهب : والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم ، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي .

٢ - وقال أشهب من أصحاب مالك رحمهم الله تعالى : يفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وهو القول المقابل للأظهر عند الشافعي ، والوجه المقابل للصحيح عند أحمد .

قال في الأم : وقد قيل : إن سلفه مائة درهم في عشرة أصع من رطب ، فأخذ خمسة أصع ، ثم نقد الرطب ، كانت له الخمسة الأصع بخمسين درهماً - لأنها حصتها من الثمن - فانفسخ البيع فيما بقي من الرطب ، فرد إليه خمسين درهماً . قال الشافعي : وهذا مذهب والله تعالى أعلم .

وقال ابن قدامة : وفيه وجه آخر : أنه يفسخ العقد بنفس التعذر .

٣ - وقال سحنون من أصحاب مالك رحمهم الله تعالى : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر إلى أن يوجد الثمر المسلم فيه . قال ابن رشد : وأما مالك فقد اضطرب قوله في هذا . [ينظر في القولين المراجع المذكورة في القول الأول] .

الأدلة :

١ - عمدة القول بالتخير : أن المعقود عليه دين - لأن السلم عقد على موصوف في الذمة - ومحل الدين الذمة ، وهي باقية ، فيبقى الدين ببقاء محله ، وليس من شرط جواز هذا العقد أن يكون من ثمار هذه السنة ، وإنما هو شيء شرطه المسلم ، فهو بالخيار إذا تأخر التسليم ولم يتحقق شرطه . [المراجع السابقة] .

٢ - وعمدة أشهب بالقول بالانقضاء سد الذرائع ، لأن تأخيرها إلى أن يوجد يدخله بيع الدين بالدين (الكاليء بالكاليء) المنهي عنه ^(١) .

المسألة الخامسة : اشترى طعاماً من رب السلم ليوفيه المسلم فيه :

هل يجوز للمسلم إليه : أن يشتري طعاماً من المسلم ، ليوفيه المسلم فيه ، الذي حل أجله ، ولم يوجد عنده ؟ اختلفوا في ذلك .

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه لا يجوز ، وعمدته في هذا سد الذرائع ، وذلك أنه رأى هذا البيع من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى .

قال في الموطأ [٢/٦٤٨ - ٦٤٩] : من اشترى طعاماً بسعر معلوم إلى أجل مسمى ، فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه : ليس عندي طعام ، فبغني الطعام الذي لك علي إلى أجل ، فيقول صاحب الطعام : هذا لا يصلح ، لأنه قد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى . فيقول الذي عليه الطعام لغريمه : فبغني طعاماً إلى أجل حتى أفضيكه ، فهذا لا يصلح ، لأنه إنما يعطيه طعاماً ثم يرده إليه ، فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الذي كان له عليه ، ويصير الطعام الذي أعطاه محلاً فيما بينهما ، ويكون ذلك - إذا فعلاه - بيع الطعام قبل أن يستوفى .

والظاهر من كلام ابن رشد : أنه لا يشترط في المنع أن يكون هناك أجل أو يذكر عند العقد أنه يشترط منه ليقضيه حقه . [بداية المجتهد : ٢/١٤٢]

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى جواز ذلك مطلقاً إذا لم يشترط الوفاء حين العقد ، اعتباراً بصيغة العقد وظاهر اللفظ .

قال في الأم [٣/٦٥] : ومن سلف في طعام فحل ، فسأل الذي حل عليه الطعام الذي له الطعام : أن يبيعه طعاماً إلى أجل ليقضيه إياه ، فلا خير فيه ، إن عقدا عقد البيع على هذا - من قبيل أنا لا نجز أن يعقد على رجل فيما يملك ، أن يمنع منه أن يصنع فيه ما يصنع في ماله - لأن البيع ليس بتام .

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٠٣ ، ولم يتعرض للدليل سحنون .

ولو أنه باعه إياه بلا شرط — بنقد أو إلى أجل — ففضاه إياه فلا بأس ، وهكذا لو باعه شيئاً غير الطعام • ولو نويًا جميعاً أن يكون يقضيه ما يتنازع منه — بنقد أو إلى أجل — لم يكن بذلك بأس ما لم يقع عليه عقد البيع •

وقال : وهكذا لو أسلفه في طعام إلى أجل ، فلما حل الأجل قال له : بعني طعاماً بنقد أو إلى أجل حتى أقضيك ، فإن وقع العقد على ذلك لم يجوز ، وإن باعه على غير شرط فلا بأس بذلك ، كان البيع نقداً أو إلى أجل •

٣ — والظاهر أن مذهب أحمد رحمه الله تعالى أن ذلك يجوز حتى ولو شرط في العقد أن يوفيه إياه ، وإن كان لا يلزم الوفاء بالشرط •

قال ابن قدامة : وإذا قال رجل لغريمه : بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ، ففعل ، فالشرط باطل ، لأنه شرط ألا يتصرف فيه بغير قضاء • وهل يبطل البيع ؟ ينبغي على الشروط الفاسدة في البيع ، هل تبطله ؟ على الروايتين • هـ

ورجح ابن قدامة القول بعدم بطلان العقد بشرط واحد ، لأنه إنما ورد النهي عن بيع وشرطين • [المغني : ٧٣/٤ ، ٩٢]

٤ — وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى : فقد ذكر صاحب الفتح — نقلاً عن الزيادات — كلاماً يدل على عدم جواز ذلك ، إذا اشتراه إلى أجل وبشمن أكثر من رأس المال • قال : لو أسلم مائة في كرا (١) ، ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كرا حنطة بمائتي درهم إلى سنة ، فقبضه ، فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرا ، لم يجوز ، لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، يريد أن رب السلم اشترى ما باعه — وهو الكرا — قبل نقد الثمن بأقل مما باعه • [فتح القدير : ٣٤٧/٥] •

المسألة السادسة : بيع المسلم فيه قبل قبضه :

اختلف الأئمة في جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه :

١ — ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى منع ذلك في مواضع وأجازه في غيرها •

(١) الكرا : كيل كان معروفاً في سعيته .

وحجته في المنع حيثما منع : التهمة ، وسد ذريعة الوصول إلى ما لا يجوز ، فمن
المواضع التي منعها :

أ - إذا كان المسلم فيه طعاماً ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي ، وذلك
بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام ، على ما جاء عليه
النص في الحديث •

ب - إذا كان البيع للمسلم إليه ، وأخذ المسلم عوضه ما لا يجوز أن
يسلم فيه رأس ماله ، مثل أن يكون المسلم فيه عرضاً ، والتمن عرضاً مخالفاً له ،
فيأخذ المسلم من المسلم إليه - إذا حان الأجل - شيئاً من جنس ذلك العرض
الذي هو الثمن •

وذلك أن هذه الصورة يدخلها : إما سلف وزيادة ، وإن كان العرض المأخوذ
أكثر من رأس مال المسلم • وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل •

ذكر ابن رشد هاتين الصورتين وقال : وأما في غير هذين الموضعين فإنه أجازته ،
ولكن بشرط أن لا يتأخر القبض ، لأنه يدخله الدين بالدين •
[بداية المجتهد : ٢٠٣/٢]

قال في الموطأ [٦٥٩/٢] : من سلف ذهباً أو ورقاً^(١) في حيوان أو عروض
- إذا كان موصوفاً إلى أجل مسمى ، ثم حل الأجل - فإنه لا بأس أن يبيع المشتري
تلك السلعة من البائع - قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل - بعرض من العروض ،
يعجله ولا يؤخره بالغاً ما بلغ ذلك العرض ، إلا الطعام ، فإنه لا يحل أن يبيعه
حتى يقبضه •

قال : وللمشتري أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذي ابتاعها منه ،

(١) الورق : الفضة المضروبة نقداً .

بذهب أو ورق أو عرض من العروض ، يقبض ذلك ولا يؤخره ، لأنه إذا أخر ذلك قبض ، ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ^(١) .

وقال : ومن سلف في سلعة إلى أجل — وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب — فإن المشتري يبيعها ممن شاء — بنقد أو عرض ، قبل أن يستوفيه — من غير صاحبها الذي اشتراها منه . ولا ينبغي له أن يبيعها من الذي ابتاعها منه إلا بعرض يقبضه ولا يؤخره .

ج — ومن الصور الممنوعة : أن يكون البيع للمسلم إليه ، قبل محل الأجل ، والتمن من جنس المسلم فيه ، فإن لم يكن من جنسه جاز ، وكذلك إذا كان التمن من جنس المسلم فيه ولكن بعد محل الأجل .

قال في الموطأ [٦٥٩/٢] : قال مالك : فيمن سلف دنائير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة إلى أجل ، فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ، ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها ، فقال له الذي عليه الأثواب : أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه ، إنه لا بأس بذلك إذا أخذت تلك الأثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا ، فإن دخل ذلك الأجل فإنه لا يصلح .

قال : وإن كان ذلك قبل محل الأجل فإنه لا يصلح أيضا ، إلا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التي سلفه فيها .
وقال أيضا : وإن كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه ، يقبضه ولا يؤخره .

وسبب المنع في هذه الصورة أنه يدخله بيع الكالئ بالكالئ .

[انظر الزرقاني : ٢٦٦/٤ — ٢٦٧]

(١) الكالئ بالكالئ : هو أن يبيع الرجل ديناً له على رجل بدين على رجل آخر . وهو منهي عنه . روى الدار قطني والحاكم والبيهقي من حديث عبد العزيز الدراوردي عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه : أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ . قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . [الزرقاني على الموطأ : ٢٦٧/٤]

ومن صور الجواز :

ما إذا باعه من المسلم إليه بعين من جنس رأس المال — ورأس المال عين — جاز ،
مالم يكن أكثر منه • قال ابن رشد : ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان
مثله أو أقل • وكذلك إذا أخذ دراهم ورأس المال دنائير ، لم يتهمه على الصرف المتأخر •
هذا ، ويلاحظ أن جميع الصور — التي أجاز فيها مالك بيع المسلم فيه قبل
قبضه — اشترط فيها أن لا يتأخر القبض حتى لا يدخله الدين بالدين •

[بداية المجتهد : ٢٠٣/٢]

والظاهر أن عمدته في الجواز — في غير المواطن التي منعها — التمسك بأصل
الإباحة ، حيث لا دليل يمنع ، ولا ذريعة تسد •

٢ — وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى : إلى منع بيع المسلم
فيه قبل قبضه مطلقا •

قال في الهداية : ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض •
وقال في الأم : إن حل له طعام فقال : أعطيك مكان مالك من الطعام علي غيره ،
أو عرضا من العروض ، لم يجز • وقال : لو حلت له مائة فرق ^(١) اشتراها بمائة دينار ،
فأعطاه بها ألف درهم ، لم يجز ، وجاء فيه : أن كل بيع لا يباع حتى يستوفى •
وقال الخراقي : وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد ، طعاما
كان أو غيره •

وعمدة هؤلاء :

— ما ورد من النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى • قال في الأم مستدلا
للمنع : لأن رسول الله ﷺ قال : من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه ، وإنما
لهذا المسلف طعام ، فإذا أخذ غيره به فقد باعه قبل أن يستوفيه •

(١) الفرق : مكيال معين كان معروفا في سعيته •

— أن المسلم فيه مبيع لم يدخل في ضمان المشتري ، فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، لما ورد عن رسول الله ﷺ من النهي عن بيع مالم يقبض وربح مالم يضمن . [النسائي : ٢٨٦/٧ ، ابن ماجه : ٧٣٧/٢]

— ما رواه أبو داود [٢٤٧/٢] وابن ماجه [٧٦٦/٢] عن النبي ﷺ : (من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره) .

— ما رواه الشافعي عن ابن عمر وأبي سعيد رضي الله عنهما أنهما قالا : من سلف في بيع فلا يصرفه إلى غيره ، ولا يبعه حتى يقبضه .

قال الشافعي : وهذا كما روي عنهما إن شاء الله تعالى ، وفيه دلالة على أن لا يباع شيء ابتيع حتى يقبض ، وهو موافق قولنا في كل بيع : أنه لا يباع حتى يستوفى^(١) .

المسألة السابعة : الإقالة من بعض المسلم فيه :

إذا حل الأجل في السلم ، وتراضى المسلم والمسلم إليه على الإقالة من بعض المسلم فيه ، هل يجوز ذلك ؟ اختلف الأئمة في هذا :

١ — فذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أنه لا تجوز الإقالة من البعض ، فإما أن يقله من الكل ، وإما أن يأخذ الكل .

وعمدته في المنع سد الذريعة ، لأن الإقالة من البعض وأخذ البعض : فيه تذرع إلى بيع وسلف ، وهو منهي عنه .

قال في بداية المجتهد [٢٠٤/٢] : وأما الإقالة في السلم : فمن شرطها عند مالك ألا يدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ، ودخلها ما يدخل البيوع ، أعني : أنها تفسد عنده بما يفسد الآجال ، مثل : أن يتذرع إلى بيع وسلف ، أو وضع وتعجل ، أو إلى بيع المسلم فيه بما لا يجوز بيعه . مثال ذلك

(١) الام : ١١٦/٣ — ١١٧ ، المغني : ٢٢٧/٤ — ٢٢٨ ، الهداية وشروحها : ٣٤٥/٥ .

في دخول بيع وسلف به : إذا حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقاله من البعض ، فإنه لا يجوز عنده ، لأنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أن ذلك جائز ، قياسا على الإقالة من الكل ، لأن الإقالة فسخ ، فإذا جازت من الكل جازت من البعض .

قال في الأم : من سلف ذهبا في طعام موصوف فحل السلف ، فإنما له طعام في ذمة بائعه ، فإن شاء أخذه به كله حتى يوفيه إياه ، وإن شاء تركه كما يترك سائر حقوقه إذا شاء ، وإن شاء أخذ بعضه وأظفره ببعض ، وإن شاء أقاله منه كله . وإذا كان له أن يقلبه من كله - إذا اجتمعا على الإقالة - كان له - إذا اجتمعا - أن يقلبه من بعضه ، فيكون ما أقاله منه كما لم يتبايعا فيه ، ومالم يقله منه كما كان لازما له بصفته ، فإن شاء أخذه ، وإن شاء تركه ، ولا فرق بين السلف في هذا وبين طعام له عليه من وجه آخر غير السلف .

وقال : وإذا أسلف الرجل الرجل مائة دينار في مكيلة طعام موصوف إلى أجل معلوم ، فحل الأجل ، فتراضيا بأن يتفاسخا البيع كله كان جائزا ، وإذا كان هذا جائزا جاز أن يتفاسخا نصف البيع ويشتا نصفه . هـ

ودعم قوله هذا بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما : أنه سئل عن هذا فلم يربه بأسا ، وقال : هذا المعروف الحسن الجميل . قال : وقول ابن عباس القياس ، وقد خالفه فيه غيره . [الأم : ١١٦/٣ وأسفل ١٢٢]

وهذا القول هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وحجته في هذا : أن الإقالة شرعت نظرا للعاقدين لدفع حاجة الندم ، وفي الإقالة من البعض نظر من المتعاقدين . قال الكاساني : وإن تقايلا السلم في بعض المسلم فيه - فإن كان بعد حل الأجل - جازت الإقالة فيه بقدره ، إذا كان الباقي جزءا معلوما : من النصف والثلث ونحو ذلك من الأجزاء المعلومة ، لما ذكرنا أن الإقالة شرعت نظرا ، وفي إقالة البعض دون البعض - وهنا - نظر من الجانبين . [بدائع الصنائع : ٣١٨٠/٧]

٣ - وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان ، قال ابن قدامة : فأما الإقالة في بعض المسلم فيه ، فاختلف عن أحمد فيها : فروي عنه أنها لا تجوز ، وروى حنبل عن أحمد أنه قال : لا بأس بها • هـ

حجة الأولى : أن السلف في الغالب يزداد فيه الثمن من أجل التأجيل ، فإذا أقله من البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة منه ، فلم يجز ، كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد • وهذا شبيه بما احتج به مالك للمنع •
وحجة الثانية : أن الإقالة مندوب إليها ، وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض ، كالإبراء والإظهار • [المغني : ٢٢٨/٤ - ٢٢٩]

المسألة الثامنة : الإقالة مع تأخير رأس المال :

اختلفوا فيما إذا ندم المسلم ، فقال للبائع (المسلم إليه) : أقلني وأتترك بالثمن الذي دفعت إليك •

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أن ذلك لا يجوز ، والظاهر أنه لا يشترط لعدم الجواز التصريح بذلك في طلب الإقالة ، كما يؤخذ من مجموع الفروع •
وعمدته في المنع سد الذرائع ، وذلك : أن في هذا ذريعة إلى بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ، وهو ممنوع •

قال في الموطأ : فإن ندم المشتري ، فقال للبائع : أقلني وأتترك بالثمن الذي دفعت إليك ، فإن ذلك لا يصلح ، وأهل العلم ينهون عنه ، وذلك أنه لما حل الطعام للمشتري على البائع ، أخر عنه حقه على أن يقيله ، فكان ذلك بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى •

قال مالك : وتفسير ذلك : أن المشتري حين حل الأجل وكره الطعام أخذ به ديناراً إلى أجل ، وليس ذلك بالإقالة ، وإنما الإقالة ما لم يزد فيه البائع ولا المشتري ، فإذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة إلى أجل ، أو بشيء يزداده أحدهما على صاحبه ، أو بشيء ينتفع به أحدهما ، فإن ذلك ليس بالإقالة ، وإنما تصير الإقالة إذا فعلا ذلك بيعاً ،

وإنما أُرخص في الإقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئا من ذلك زيادة أو نقصان أو تَنْظِيرَةً ، فإن دخل ذلك زيادة أو نقصان أو قِطْرَةٌ صار بيعا ، يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع . [الموطأ : ٢/٦٤٤ ، وانظر بداية المجتهد : ٢/٢٠٥]

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى جواز التأخير ، إذا لم يشترطه ، أما إذا شرطه فلا يجوز .

وعمدته في هذا أن الإقالة فسخ ، فإذا أقاله أصبحا كأنهما لم يجر بينهما عقد ، وثبت لرب المال ماله في ذمة غريمه ، فله أن ينتقده منه ، وله أن ينظره به كسائر الديون . وبما أنها فسخ فلا تصح فيها الزيادة ولا النقصان ، وشرط التأخير زيادة ، فلا يصح .

قال في الأم [٣٢/٣ - ٣٣ ، ١١٦ - ١١٧] : وإذا أقاله منه أو من بعضه فالإقالة ليست بيع ، إنما هي نقض بيع ، تراضيا بنقض العقدة الأولى التي وجبت لكل واحد منهما على صاحبه . فإن قال قائل : ما الحجة في هذا ؟ فالقياس والمعقول مكتفى به فيه . وقال : لأنه إذا أقاله منه ، فله عليه رأس مال ما أقاله منه ، وسواء انتقده أو تركه ، لأنه لو كان عليه مال حالٌ جاز أن يأخذه ، وأن يَنْظِرَهُ به متى شاء .

وقال : لو باعه إياها - أي السلعة - فاستقاله على أن ينظره بالثمن لم يجر ، لأن النظرة ازدياد ، ولا خير في الإقالة على زيادة ولا نقصان .

٣ - والظاهر من كلام ابن قدامة أن مذهب أحمد رحمه الله تعالى كمنذهب الشافعي ، وحجته حجته ، فإنه قال في رأس مال السلم بعد الإقالة : فحكمه حكم ماله لو كان قرضا أو ثمنا في بيوع الأعيان ، لا يجوز جعله سلكا في شيء آخر ، لأنه يكون بيع دين بدين . ويجوز فيه ما يجوز في القرض وأثمان البياعات إذا فسخت . [المغني : ٤/٢٢٩]

٤ - وأما الحنفية : فإنهم لم يصرحوا بالنص على هذه المسألة - فيما اطلعت عليه - وإنما يؤخذ من كلامهم أن الإقالة صحيحة ، وإن كان شرط ذلك في العقد فالشرط فاسد ، والإقالة صحيحة لأنها لا تبطلها الشروط الفاسدة .

[انظر بدائع الصنائع : ٧/٣١٧٩ - ٣١٨١]

المسألة التاسعة : الإقالة على الزيادة أو النقصان :

اختلفوا في الإقالة إذا دخلتها الزيادة أو النقصان :

١ - قال مالك رحمه الله تعالى : هي بيع • قال في الموطأ [٦٤٤/٢] : وإنما أرخص في الإقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئاً من ذلك زيادة أو نقصان أو نظيرة ، فإن دخل ذلك زيادة أو نقصان أو نظيرة صار بيعاً ، يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع • هـ

ولذلك جاز عنده ما إذا باع شيئاً ما بمائة دينار مثلاً إلى أجل ، ثم ندم البائع ، فسأل المشتري أن يصرف إليه مبيعته ، ويدفع إليه عشرة دنانير نقداً ، أو إلى أجل ، فإن ذلك يجوز ولا بأس به ، لأن الإقالة في هذه الحالة بيع مستأنف ، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، ولا حرج أن يكون البيع بمائة دينار إلى أجل وعشرة مثاقيل نقداً أو إلى أجل •

ولا يجوز عنده : إذا اشترى شيئاً ما بمائة دينار مثلاً إلى أجل ، ثم ندم المشتري فسأل البائع الإقالة على أن يعطيه عشرة مثاقيل نقداً أو إلى أجل •

وحجته في المنع لهذه الصورة : أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع ذهب وعرض بذهب ، لأن المشتري دفع عشرة مثاقيل والعرض في المائة دينار التي عليه • وكذلك يدخله بيع وسلف ، كأن المشتري باعه العرض بتسعين ، وأسلفه عشرة إلى الأجل الذي يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه • وكذلك هو ذريعة إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل • [بداية المجتهد : ١٤٠/٢]

ويؤيد هذا عند مالك رحمه الله تعالى أن العمل عليه في المدينة • قال في الموطأ [٦٧٦/٢] : الأمر عندنا أنه لا بأس بالشرك والتولية والإقالة منه في الطعام وغيره ، قبض ذلك أو لم يقبض ، إذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ، ولا وضعية ، ولا تأخير للثمن ، فإذا دخل ذلك ربح أو وضعية أو تأخير من واحد منهما صار بيعاً ، يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع ، وليس بشرك ولا تولية ولا إقالة •

٢- وقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى : الإقالة فسخ على أي حال ،
ولذلك لا تجوز فيها الزيادة ولا النقصان •

قال في الهداية [٢٤٦/٥] : الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول ، فإن
شرطاً أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ، ويرد مثل الثمن الأول • والأصل أن الإقالة
فسخ في حق المتعاقدين ، بيع جديد في حق غيرهما ، إلا أن لا يمكن جعله فسخاً
فتبطل عند أبي حنيفة •

وقال في الأم [٣٢/٣ ، ٨٣] : والإقالة فسخ بيع ، فلا بأس بها قبل القبض ،
لأنها إبطال عقدة البيع بينهما والرجوع إلى حالهما قبل أن يتبايعا •

وقال : ومن اشترى من رجل سلعة ، فسأله أن يقيه فيها : بأن يعطيه البائع
شيئاً ، أو يعطيه المشتري ، نقداً أو إلى أجل ، فلا خير في الإقالة على ازدياد ولا نقص
بحال ، لأنها إنما هي فسخ بيع^(١) •

٣- وعن أحمد رحمه الله تعالى روايتان ، والصحيح أنها فسخ • ويتفرع
على ذلك وجهان فيما إذا دخلتها الزيادة أو النقصان مطلقاً •

قال ابن قدامة : ولا تجوز إلا بمثل الثمن ، سواء قلنا : هي فسخ أو بيع ،
لأنها خست بمثل الثمن كالتولية •

وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول وأقل منه ، إذا قلنا : إنها
بيع كسائر البياعات • [المعنى : ٩٢/٤ - ٩٣]

المسألة العاشرة : اشترى براس مال السلم من المسلم إليه بعد الإقالة وقبل
القبض :

إذا حل الأجل في السلم ، ولم يجد المسلم إليه وفاء لما عليه ، فأقاله رب السلم
ولم يقبض رأس المال ، وأراد أن يشتري به شيئاً آخر منه غير المسلم فيه ، هل
يجوز له ذلك ؟ اختلف الأئمة في هذا :

(١) وما ذكر في الأم هنا خلاف ما ذكره في بداية المجتهد عن الشافعي .
[انظر بداية المجتهد : ١٤٠/٢]

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه لا يجوز ذلك إذا كان المسلم فيه طعاما .

وعمدته في هذا سد الذريعة ، فإنه رأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز ، ولا يجوز عنده بيع المسلم فيه إذا كان طعاما من المسلم إليه قبل قبضه ، فكأنه اتخذ الإقالة ذريعة إلى أن يجوز هذا ، فيمنع منه .
[بداية المجتهد : ٢٠٥/٢]

ومن عمدة مالك في هذا أيضا عمل أهل المدينة ، قال في الموطأ [٦٤٤/٢] :
الأمر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم ، إلى أجل مسمى ، فحل الأجل ، فلم يجد المتاع عند البائع وفاء مما ابتاع منه ، فأقاله ، فإنه لا ينبغي له أن يأخذ منه إلا ورقة^(١) أو ذهبه ، أو الثمن الذي دفع إليه بعينه ، وأنه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه ، وذلك أنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه ، أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه ، فهو بيع الطعام قبل أن يستوفى . قال مالك : وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام قبل أن يستوفى .

٢ - وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يجوز ذلك مطلقا .

قال في الهداية : فإن تقايلا السلم ، لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه . هـ

وحجته في هذا ما أخرج أبو داود [٢٤٧/٢] وابن ماجه [٧٦٦/٢] عن عطية العوفي ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره) . ورواه الترمذي وحسنه ، وقال : لا أعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه .

وهذا يقتضي أن لا يأخذ إلا رأس ماله . وفي لفظ : (لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك) . وهذا صريح في المسألة . [الهداية وشروحا : ٣٤٥/٥ - ٣٤٦]

(١) الورق : هو الفضة المضروبة نقداً .

٣- وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يجوز ذلك مطلقا .

وحجته في ذلك : أن صاحب المال قد ملك رأس ماله بالإقالة ، وصار ديناً في ذمة المسلم إليه الذي برىء من المسلم فيه ، فيجوز له أن يشتري به ما أحب ممن أحب .

قال في الأم [١١٧/٣] : لو حلت له مائة فرق^(١) اشتراها بمائة دينار ، فأعطاه بها ألف درهم لم يجز ، ولم يجز فيه إلا إقالته ، فإذا أقاله صار له عليه رأس ماله ، فإذا برىء من الطعام وصارت له عليه ذهب ، تباعا بعد بالذهب ما شاء - وتقابضا قبل أن يتفرقا - من عرض وغيره .

٤- وفي مذهب أحمد رحمه الله تعالى قولان : أحدهما : كقول أبي حنيفة ، والآخر كقول الشافعي .

قال ابن قدامة : إذا أقاله رد الثمن إن كان باقيا ، أو مثله إن كان مثليا ، أو قيمته إن لم يكن مثليا ، فإن أراد أن يعطيه عوضا عنه : فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه ، وقال القاضي أبو يعلى : يجوز أخذ العوض منه .

وحجة قول أبي جعفر : قوله ﷺ : (من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره) .
[انظر تخرجه في دليل الحنفية]

وحجة قول أبي يعلى : أنه عوض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه ، كما لو كان قرضا . [المغني : ٢٣٩/٤]

المسألة الحادية عشر : حكم نكاح المريض مرض الموت :

اختلف الأئمة في حكم نكاح المريض :

١- ذهب مالك رحمه الله تعالى - في المشهور عنه إلى : أن النكاح غير صحيح .

(١) الفرق : مكيال كان معروف السعة .

قال ابن رشد : واختلفوا في نكاح المريض : ... وقال مالك في المشهور عنه :
إنه لا يجوز • [بداية المجتهد : ٤٥/٢]

٢ - وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى : أن النكاح
صحيح ، إلا أنه يكون بمهر المثل فيما إذا أصدقها أكثر من مهر مثلها •

قال في الهداية [٤٠٣/٧] : ولهذا منع^(١) من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث ،
بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية ، وهو بمهر المثل • قال في العناية : وأما
الزيادة على ذلك فباطلة ، والنكاح جائز •

وقال في الأم [٣١/٤] : ويجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله تعالى :
أربعاً ومادونهن • وقال : فإذا أصدق كل واحدة منهن صداق مثلها جاز لها من
جميع المال ، وأيتها زاد على صداق مثلها فالزيادة محاباة : فإن صح قبل أن يموت
جاز لها من جميع المال ، وإن مات قبل أن يصح بطلت عنها الزيادة على صداق مثلها ،
وثبت النكاح ، وكان لها الميراث •

وقال ابن قدامة : حكم النكاح - في المرض والصحة - سواء في صحة العقد ،
وتوريث كل منهما من صاحبه •

وقال : ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك
غيرها ، ثم مات وورثته ، بطلت المحاباة ، لأنها وصية لوارث ، ولها صداقها ، وربع
الباقى بالميراث • [المغني : ١٥٠/٦ ، ٣٩٢]

الأدلة :

١ - عمدة مالك رحمه الله تعالى - في منعه صحة هذا النكاح - سد الذرائع ،
وذلك أنه يتهمه بقصد إضرار الورثة بإدخال وارث جديد زائد ، فيمنع منه ، حتى
لا يتخذ ذريعة للتشفي من الورثة وإدخال الضرر عليهم •

(١) أي ولتعلق حق الغير بالمال منع المريض •

ويرى ابن رشد : أن منع نكاح المريض من باب المصالح المرسلة ، حيث قال :
ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي • ولذا يرى أن ينظر إلى شواهد
الحال : فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا ولم يقصد الإضرار لا يمنع
منه ، وإن دلت الدلائل على أنه قصد بنكاحه الإضرار بورثته منع منه •
[بداية المجتهد : ٤٥/٢ - ٤٦]

٢ - واحتج القائلون بصحته : بقياسه على البيع والشراء ، فكما أن يبعه
وشراءه صحيح فكذلك نكاحه ، بجامع أن كلاهما عقد معاوضة •

— وبقياسه أيضا على حال الصحة ، فإنه نكاح صدر من أهله ، في محله ،
بشرطه ، فيصح في المرض كما يصح في الصحة ، وإنما منعت الزيادة على مهر المثل
لأنها في حكم الوصية ، ولا وصية لوأرث •

— وكذلك : إن النكاح من الحوائج الأصلية — فإن بقاء النفس بالتناسل ،
ولا طريق للتناسل إلا بالنكاح — والمرء غير ممنوع عن صرف ماله إلى حوائجه
الأصلية •

ودعم الشافعي رحمه الله تعالى استدلاله هذا بما ورد من عمل الصحابة رضي
الله عنهم ، ومن ذلك :

— ما رواه نافع مولى ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : كانت ابنة حفص بن
المغيرة عند عبد الله بن أبي ربيعة ، فطلقها تطليقة ، ثم إن عمر بن الخطاب تزوجها
بعده ، فحدث أنها عاقر لا تلد ، فطلقها قبل أن يجامعها ، فمكثت حياة عمر وبعض
خلافة عثمان بن عفان ، ثم تزوجها عبد الله بن أبي ربيعة وهو مريض ، لتشارك نساءه
في الميراث ، وكان بينها وبينه قرابة •

— قال الشافعي : وبلغني أن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال في مرضه الذي
مات فيه : زوجوني ، لا ألقى الله تبارك وتعالى وأنا عزب •

وقول الصحابي ومذهبه — إذا وافق القياس — حجة عند الشافعي رحمه
الله تعالى • [المغني : ٣٩٢/٦ ، الأم : ٣١/٤ - ٣٢ ، فتح القدير : ٤٠٣/٧]

المسألة الثانية عشرة : شهادة الأصول والفروع :

اختلف العلماء في قبول شهادة الأصول للفروع ، وقبول شهادة الفروع للأصول :

١ - فذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى إلى ردها وعدم قبولها ، وهذا هو ظاهر المذهب عند أحمد رحمه الله تعالى .

قال في بداية المجتهد [٤٥٢/٢] : فمما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه ، والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها .

وقال في الأم [٤٢/٧] : قال الشافعي رحمه الله تعالى عليه : لا تجوز شهادة الوالد لولده ، ولا لبني بنيه ولا لبني بناته ، وإن تسفلوا ، ولا لآبائه وإن بعدوا . وقال في الهداية [٣١/٦] : ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده .

٢ - وقال الخرقي : ولا تجوز شهادة الوالدين - وإن علوا - للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد - وإن سفل - لهما وإن علوا .

قال ابن قدامة : ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ، ولا لولد ولده وإن سفل ، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات . ولا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا لوالدته ، ولا جده ، ولا جدته ، من قبل أبيه وأمه وإن علوا ، وسواء في ذلك الآباء والأمهات وآبأؤهما وأمهاتهما . [المغني : ١٧٢/١٠]

٣ - وذهب بعض العلماء - منهم شريح وداود وأبو ثور - إلى أن شهادة العدل لا ترد ، فتقبل شهادة الأب لابنه - فضلا عما سواه - إذا كان عدلا . [بداية المجتهد : ٤٥٢/٢ ، المغني : ١٧٢/١٠]

الأدلة :

١ - عمدة الجمهور برد شهادة الأصول والفروع :

أ - السماع : وهو ما روى الزهري ، عن عروة ، عن عائشة رضي الله عنهما ،

عن النبي ﷺ أنه قال : (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذي غمر على أخيه ، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء)^(١) . [الترمذي : ٣٧٤/٣ ، أبو داود : ٢٧٥/٢]

والظنين : المتهم ، والأب يتهم لولده ، والولد يتهم لوالده .

ب — سد الذريعة : وذلك أن الأب متهم في الشهادة لولده بالمحاباة والميل له ، مما قد يحمله على الشهادة بغير حق ، فترد شهادته لموضع التهمة فيه ، وسدا للذريعة ، وما يقال في الأب لابنه يقال في الابن لأبيه .

ج — أن شهادة الأصل للفرع والفرع للأصل كشهادة كل منهما لنفسه ، لأن المنافع متصلة بينهما ، ولأن بينهما بعضية — قال عليه الصلاة والسلام : (فاطمة بضعة مني ، يربيني ما رابها)^(٢) — فتكون شهادة لنفسه من وجه ، وشهادة المرء لنفسه مردودة باتفاق ، فكذلك ما كان في معناها .

وهذا المعنى هو معتمد الشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسألة ، قال في الأم : وإنما شهد لشيء هو منه ، وإن بنيه منه ، فكأنه شهد لبعضه ، وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً . [انظر المراجع المذكورة لدى ذكر الأقوال]

٢ — واحتج القائلون بقبولها :

أ — بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط ^(٣) شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين » النساء : ١٣٥ / . قالوا : الأمر بالشيء يقتضي إجزاء المأمور به ، إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه .

ب — قالوا : رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع الاتهام بالكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ، ومنع إعمالها في العدل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة . [بداية المجتهد : ٤٥٢/٢ ، المغني : ١٧٣/١٠]

(١) غمر : حقد وبغض وعداوة . ولاء : نصرة بسبب حلف أو عتق .

(٢) أخرجه البخاري [٢٦/٥] بلفظ : (فمن أغضبها أغضبني) بضعة : قطعة . يربيني : يسوؤني ويزعجني .

(٣) قائمين بالعدل ، وقوام صيغة مبالغة تدل على تأكيد الأمر .

المسألة الثالثة عشرة : شهادة الزوجين :

اختلف العلماء في قبول شهادة كل من الزوجين للآخر :

١ - فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد - في ظاهر المذهب - رحمهم الله تعالى إلى أنه لا تقبل شهادة الزوج لزوجته ، ولا الزوجة لزوجها .

قال ابن رشد : ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم : شهادة الزوجين أحدهما للآخر ، فإن مالكا ردها . [بداية المجتهد : ٥٣/٢]

وقال في الهداية [٣٢/٦] : ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر .

وقال الخرقى - بعد ذكره رد شهادة الأصول والفروع - : ولا الزوج لامراته ولا المرأة لزوجها . [المغني : ١٧٤/١٠]

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه تقبل شهادة كل منهما للآخر . وذكر ابن قدامة [المغني : ١٧٤/١٠] : أنه رواية أخرى عن أحمد .

قال في الأم [٤٢/٧] : بعد ذكر رد شهادة الأصول والفروع : ويجوز - بعد شهادته لكل من ليس منه : من أخ وذي رحم وزوجة .

٣ - وقال الثوري وابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجته ، ولا تقبل شهادتها له . [المغني : ١٧٤/١٠]

الأدلة :

١ - عمدة القائلين بردها مطلقا :

أ - سد الذريعة : لأنهم إنما قالوا بردها لموضع التهمة ، وذلك أن كلا من الزوجين يصير متهما للآخر بجر النفع إلى نفسه ، لأن الانتفاع بينهما متصل ، وكل منهما يتبسط في مال الآخر عادة ، وكل منهما كذلك يرث الآخر من غير حجب ، فصارت شهادة كل منهما للآخر شهادة لنفسه من وجه ، فلا تقبل ، كشهادته لنفسه .

قال ابن قدامة : ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر ، قال الله تعالى : « وقرن في بيوتكن » / الأحزاب : ٣٣ / وقال : « لاتدخلوا بيوت النبي »

/ الأحزاب : ٥٣/ • فأضاف البيوت إليهن تارة وإلى النبي ﷺ تارة أخرى ، وقال :
« لا تخرجوهن من بيوتهن » / الطلاق : ١/ • وقال عمر للذي قال له إن غلامي سرق
مرأة امرأتي : لا قطع عليه ، عبدكم سرق مالكم •

ب — واحتج الحنيفة أيضا لهذا بحديث عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ
قال : (لا تجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ،
ولا الزوج لامرأته) ^(١) • [الهداية وشروحها : ٣٢/٦]

٢ — وعمدة الذين افرقوا بين شهادته لها وشهادتها له سد الذريعة أيضا ،
فإنهم قالوا : تقبل شهادة الرجل لامرأته ، لأنه لا تهمة في حقه ، ولا تقبل شهادتها له ،
لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال ، فهي متهمة لذلك •
[المغني : ١٧٤/١٠]

٣ — وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى في قبول شهادتهما :

أ — الاستصحاب : وذلك أن الأصل قبول شهادة العدل ، فيستصحب هذا
الأصل حتى يدل الدليل على ردها ، ولا دليل على رد شهادة الزوجين •
قال في الأم : لا أجد في الزوجة ولا في الأخ علة أرد بها شهادته ، خبرا ولا قياسا
ولا معقولا •

ب — القياس على شهادة العصبه بعضهم لبعض • قال في الأم : وإني لو رددت
شهادته لزوجته — لأنه قد يرثها وترثه في حال — رددت شهادته لمولاه من أسفل
إذا لم يكن له ولد ، لأنه قد يرثه في حال ، ورددت شهادته لعصبته ، وإن كان بينه
وبينهم مائة أب •

ثم ينفي وجود التهمة في شهادتهما فيقول : ولست أجده يملك مال امرأته ،
ولا تملك ماله ، فيكون يجر إلى نفسه بشهادته ولا يدفع عنها • [الأم : ٤٢/٧]

(١) قال الزيلعي : غريب ، وهو في مصنف ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول
شريح • [نصب الراية : ٨٢/٤]

المسألة الرابعة عشرة : قضاء القاضي بعلمه :

اختلف الأئمة : هل للقاضي أن يقضي على أحد بما يعلمه من الأمر ، دون بينة أو إقرار ؟ أو أنه ليس له أن يقضي إلا بالبينة أو الإقرار ؟

١ - ذهب مالك رحمه الله تعالى : إلى أنه ليس له أن يقضي بعلمه مطلقا ، وإنما يقضي بالبينة أو الإقرار . وهذا هو ظاهر المذهب عند أحمد رحمه الله تعالى .

قال ابن رشد : واختلفوا : هل يقضي بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار ، أو لا يقضي إلا بالدليل أو الإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضي إلا بالبينات أو الإقرار . [بداية المجتهد : ٤٥٨/٢]

وقال الخرقي : ولا يحكم الحاكم بعلمه . قال ابن قدامة : ظاهر المذهب : أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره ، لافيما علمه قبل الولاية ولا بعدها .

٢ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى : إلى أنه يقضي بعلمه مطلقا ، في غير حدود الله تعالى . وحدود الله تعالى هي ماعدا حد القذف والقصاص . وهذا رواية عن أحمد .

قال في المنهاج : والأظهر أنه يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالى . قال في مغني المحتاج : كالزنا والسرقه والمجاربة والشرب ، فلا يقضي بعلمه فيها .

قال : وعلى هذا يقضي بعلمه في المال قطعا ، وكذا في القصاص وحد القذف على الأظهر . وقال : ولو علمه قبل ولايته ، أو في غير محل ولايته ، وسواء أكان في الواقعة بينة أم لا . [مغني المحتاج : ٣٩٨/٤]

وقال في المغني [٤٨/١٠] : وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك .

٣ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى : إلى مثل ما ذهب إليه

الشافعي : إن كان علمه حادثا له في مكان القضاء وزمانه ، وأما إذا كان علمه حادثا قبل توليه القضاء أو في غير مكانه ، فقد اختلفوا في ذلك :

فقال أبو حنيفة : لا يجوز • وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز •

قال السمرقندي [تحفة الفقهاء : ٦٣٨/٣] : وأما القضاء بعلم نفسه بالمعينة ، أو بسماع الإقرار أو بمشاهدة الأحوال :

— إن قضى بعلم حادث له في زمان القضاء ، في مكانه ، في : الأملاك المرسلة ، والحقوق من الطلاق والعناق ونحوهما ، وفي القصاص ، وفي حد القذف ، جاز • وإن كان في سائر الحدود لا يجوز •

— وأما إذا قضى : بعلم كان قبل أن يقلد القضاء ، أو بعلم بعد التقليد ، لكن قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضائه ، فقد أجمع أصحابنا : أنه لا يجوز في الحدود غير حد القذف والقصاص •

فأما في سائر الأحكام ، وفي حد القذف والقصاص ، فقد اختلفوا :

قال أبو حنيفة : لا يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يجوز •

الأدلة :

١ — عمدة المانعين مطلقا — مالك وأحمد — :

أ — ما ذكره ابن عبد البر من حديث معمر عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها : (أن النبي ﷺ بعث أبا جهم على صدقة ، فلاحاه رجل في فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي ﷺ فأخبروه فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : إني خاطب الناس ، ومخبرهم أنكم رضيت ، أرضيتم ؟ قالوا : نعم • فصعد رسول الله ﷺ المنبر فخطب الناس ، وذكر القصة وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا • فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله ﷺ فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا نعم) • [زوائد ابن حبان : ٣٦٨] قالوا : وهذا بين في أنه ﷺ لم يحكم عليهم بعلمه •

ب - قول النبي ﷺ : (إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضي له على نحو ما أسمع منه) [البخاري : ٨٦/٩] قالوا : وهذا يدل على أنه يقضي القاضي بما يسمع لا بما يعلم .

ح - قول النبي ﷺ في قضية الحضرمي والكندي : (شاهدك أو يمينه ، ليس لك منه إلا ذلك) • [الترمذي : ٣٩٨/٢ • الدارقطني : ٢١١/٤]

د - ما روي عن عمر رضي الله عنه : أنه تداعى عنده رجلان ، فقال أحدهما : أنت شاهدي ، فقال : إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد .

ه - ومما اعتمد عليه المالكية في هذه المسألة - على ما ذكره ابن رشد - سد الذرائع ، فإن القاضي إذا قضى بعلمه لحقته تهمة المحاباة ، على أنه يمكن أن يكون قضاؤه بعلمه وسيلة للجور على أحد الخصمين ، فيمنع من ذلك ، سداً لذريعة التهمة والجور • [المغني : ٤٩/١٠ - ٥٠ ، بداية المجتهد : ٢٥٨/٢ - ٢٥٩]

٢ - وعمدة الشافعي ومن وافقه :

أ - حديث عائشة رضي الله عنها : في قصة هند بنت عتبة مع زوجها أبي سفيان ابن حرب رضي الله عنهما ، حين قال لها رسول الله ﷺ ، وقد شكت أبا سفيان : (خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف) [البخاري : ٨٢/٩] فإنه ﷺ قضى لها دون أن يسمع قول خصمها •

ب - أن القاضي له أن يحكم بما يفيد الظن عنده - وهو الشاهدان ، أو الشاهد واليمين - فمن باب أولى أن يحكم بما هو يقين عنده • قال في الأم : إذا كان القاضي عدلاً ، فأقر رجل بين يديه بشيء ، كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من يشهد ، لأنه قد يمكن أن يشهدوا عنده بزور ، والإقرار عنده ليس فيه شك • هـ

هذا على أننا نجد الشافعي رحمه الله تعالى يحتاط في هذا الأمر لفساد الزمان ، فنجده يقول في الأم : وأما القضاء اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا ، كراهية أن أجعل

لهم سبيلا إلى أن يجوروا على الناس . هـ وظاهر هذا أنه تطبيق منه لأصل سد الذرائع . [الأم : ٤٤/٧ ، وانظر مغني المحتاج : ٣٩٨/٤ ، المغني : ٤٨/١٠]

٣ - وأما الحنفية : فإنهم قالوا - كما قال الشافعي - إن القضاء إذا جاز بالبيئة جاز بعلمه بطريق الأولى ، لأن المقصود بالبيئة ليس عينها ، بل حصول العلم بحكم الحادثة ، وعلمه الحاصل بالحس والمشاهدة أقوى ، لأنه يفيد القطع واليقين ، بينما الحاصل بالشهادة غالب الظن وأكثر الرأي .

وإنما فرق أبو حنيفة - بين ما كان قبل القضاء وما كان في زمنه ، وبين ما حصل في مكانه وما حصل في غيره - لأن الأصل في صحة القضاء هو البيئة ، وغيرها ملحقة بها إذا كان في معناها ، والعلم الحادث في زمان القضاء ومكانه في معنى البيئة - لأنه حادث في مكان وزمان هو مكلف فيه بالقضاء - فكان ملحقا بها ، وأما العلم الحادث قبل زمان القضاء أو الوصول إلى مكانه فليس في معناها - لأنه حاصل في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء - فلا يلحق بها .

وحجة الصاحبين : أنه لما جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد في زمن القضاء جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد قبله ، لأن العلم في الحالين واحد .

وحجة الجميع - في أنه لا يقضي بعلمه في حدود الله تعالى - أن هذه الحدود تدرأ بالشبهات ، ويحتاط فيها ، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، لأن البيئة - وإن وجد معناها - فقد فاتت صورتها ، وفوات الصورة يورث شبهة تدرأ هذه الحدود . [بدائع الصنائع : ٤٠٨٨/٩ - ٤٠٨٩ . مغني المحتاج : ٣٩٨/٤]

المسألة الخامسة عشرة : القضاء لمن يتهم فيه :

اتفق الأئمة على أن القاضي ينفذ قضاؤه لمن لا يتهم فيه ، واتفقوا أيضا على أنه لا يقضي لنفسه .

واختلفوا في قضاؤه لغيره ممن يتهم فيه - كأبويه وولده وزوجته - ممن لا تجوز شهادته لهم :

١ - فذهب مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إلى أنه لا يجوز قضاؤه لكل من لا تجوز له شهادته .

قال ابن رشد : اتفقوا على أن القاضي يقضي لمن ليس يثبم عليه ، واختلفوا في قضاؤه لمن يثبم عليه ، فقال مالك : لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته^(١) .
[بداية المجتهد : ٢ / ٤٦٠]

وقال السمرقندي : ولا يجوز للقاضي أن يقضي لنفسه ، ولا لأبويه وإن علوا ، ولا لزوجته ، ولا لأولاده وإن سفلوا ، ولا لكل من لا تجوز شهادته لهم .
[تحفة الفقهاء : ٣ / ٦٣٩]

٢ - وعن الشافعي رحمه الله تعالى في القضاء للأصول والفروع قولان : الصحيح منهما : لا يجوز ، والآخر : يجوز ، وهذان القولان : وجهان عند الحنابلة ، اختار أبو بكر الثاني منهما ، وهو قول ابن المنذر وأبي ثور .

قال في المنهاج [٣٩٣ / ٤] : ولا ينفذ حكمه لنفسه ورقيقه وشريكه في المشترك ، وكذا أصله وفرعه على الصحيح ، ويحكم له ولهؤلاء الإمام أو قاضي آخر ، وكذا نائبه على الصحيح . قال في مغني المحتاج : هذا القول الصحيح ، وفي قول : يجوز .

وقال ابن قدامة [المغني : ١٠ / ٩٤] : وليس للحاكم أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه أو بعض رعيته . وقال :

فإن عرضت حكومة لوالديه ، أو ولده ، أو من لا تقبل شهادته له ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم له لم ينفذ حكمه .
والثاني : ينفذ حكمه ، اختاره أبو بكر ، وذكر أنه قول ابن المنذر وأبي ثور .

(١) انظر مسألة شهادة الأصول والفروع : ٦٢١ وشهادة الزوجين : ٦٢٣ .

الأدلة :

١ - عمدة القول بالمنع حيث منع سد الذرائع ، وذلك أنه يتهم في محاباته له كما يتهم في شهادته له ، وكذلك قضاؤه له يمكن أن يكون وسيلة للجور على خصمه ، فيمنع سداً لذريعة التهمة والجور .

٢ - واحتج الشافعية أيضاً للقول الصحيح بأن أصوله وفروعه أبعاضه ، فقضاؤه لهم يشبه قضاءه لنفسه ، ولذلك لا يمتنع عندهم القضاء لأحد غير الأصول والفروع .

٣ - وعمدة القول بالجواز أن القضاء يكون بأسباب معلومة ، وليس كذلك الشهادة ، والقاضي أسير البيئة ، فلا تظهر منه تهمة ، وهو حكم لغيره ، فأشبه حكمه للأجانب . [انظر في الأدلة المراجعة المذكورة لدى ذكر الأقوال]



الباب التاسع
في

الأخذ باقل ما قيل وأثره

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : الأخذ باقل ما قيل

الفصل الثاني : اثر الأخذ باقل ما قيل

الفصل الأول

الأخذ بأقل ما قيل

- معناه

- رأي العلماء في حجته

- شروطه

معنى الأخذ بالأقل :

الأخذ بالأقل معناه : أن توجد أقوال في مسألة ، وليس هناك دليل يرجح أحدها ، وتكون هذه الأقوال ضمنا متفقة على قسط معين فيما بينها وهو الأقل ، ومختلفة فيما زاد عنه ، فيتمسك بهذا القسط الذي هو أقل الأقوال .

ويكون عبارة عن حصيلة الاعتماد على دليلين ، وهما :

الأول : الإجماع في الأقل ، لأن كل واحد من الأقوال القائلة بما زاد عن الأقل قائلة به ، إذ الأكثر يستلزم الأقل ، فيكون في حكم المجمع عليه .

والثاني : استصحاب البراءة الأصلية ، فإنها تقتضي عدم وجوب الزيادة ، إذا الأصل عدم الوجوب مطلقا ، لكن ترك العمل به في الأقل للإجماع ، فبقي ماعدها على الأصل .

وعلى هذا يكون الأخذ بأقل ما قيل :

إنما هو تمسك بما أجمع عليه ، مع ضمنية أن الأصل عدم وجوب ما زاد عليه .

نفي توهمين :

أ - قد يتوهم : أن الأخذ بأقل ما قيل إنما هو تمسك بالإجماع ، وليس كذلك ، لأن نفي الزائد عن ذلك الأقل ليس مجمعا عليه ، وإنما حصل الإجماع على الأقل فقط ، ونفي الزائد إنما كان من قبيل التمسك بالبراءة الأصلية .

ب - قد يتوهم أيضا : أن الأخذ بأقل ما قيل إنما هو تقليد لصاحب القول الأقل ، وليس كذلك ، وإنما أخذ بالأقل لأنه مجمع عليه ضمنا ، لا على أنه أحد الأقوال . ولذلك لوحظ فيه استصحاب البراءة الأصلية في نفي الزائد عنه ، ولهذا أيضا يشترط فيه : أن تكون الأقوال محصورة ، وأن يكون الأقل جزءا من الأكثر ، بحيث لو وجد قول يقول بلا شيء لايؤخذ بالأقل ، لأنه يكون عندها قول مجتهد ، وهو ليس بحجة .

[الأسنوي والبدخشي : ١٣٤/٣ ، المحصول : ٨١٣/٢ ، شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٢٠٢/٢]

رأي العلماء في حجتيه :

إن الذي تذكره كتب الأصول التي بحث هذا الدليل — وهي كتب أصول الشافعية غالباً — هو أن الأخذ به حجة عند الشافعي رحمه الله تعالى •

قال الأسنوي [٣/١٣٤] : الدليل الرابع من الأدلة المقبولة : الأخذ بأقل ما قيل ، وقد اعتمد عليه الشافعي رضي الله عنه في إثبات الحكم •

وقال في المحصول [٢/٨١٣] : مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه يجوز الاعتماد في إثبات الأحكام على الأخذ بأقل ما قيل (١) •

هذا ، على أننا بالرجوع إلى الفروع الفقهية نجد أن غير الشافعية قد يستأنسون به ، ويرجحون أقوالاً على غيرها لأنها الأقل أو الأخف :

فقد رجح الحنفية قول ابن مسعود رضي الله عنه — في تكبيرات الزوائد في صلاة العيدين — على قول ابن عمر وأبي هريرة وقول ابن عباس رضي الله عنهم ، ودعموا ترجيحهم هذا : أن التكبير ورفع الأيدي في الصلاة خلاف المعهود ، فكان الأخذ بالأقل أولى ، وقول ابن مسعود رضي الله عنه هو الأقل (٢) • واستأنسوا بمثل هذا في أسنان الإبل في دية الخطأ كما سئرى • [الهداية وشروحا : ١/٤٢٥ — ٤٢٦]

وكذلك الأمر عند الحنابلة : ففي المغني لابن قدامة [٨/٣٧٨] ما يدل على الأخذ بالأقل بالمعنى الذي أخذ به الشافعي رحمه الله تعالى ، فنجدته يقول ، في الاستدلال لما ذهب إليه أحمد رحمه الله تعالى في أسنان دية الخطأ : ولأن ما قلناه الأقل ، فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل (٣) •

(١) قد جاء في كلام المحصول لفظ : لا يجوز ، والذي أراه أن لفظ (لا) مقحم في النسخة التي اطلعت عليها ، يدل على ذلك باقي كلامه عن هذا الدليل ، ولهذا ذكرت كلامه دون لفظة لا •

(٢) انظر المسألة في الفصل الثاني من الباب السادس •

(٣) انظر مسألة أسنان الإبل في دية الخطأ في الفصل الثاني من هذا الباب •

ويقول ابن تيمية - وهو يرد على القائلين بتقليد أهل المدينة - : وأيضا فإن قولهم في المد والصاع هو أقل ما قيل ، فهو حجة عندنا من هذه الجهة ، كما لو قال غيرهم ذلك سواء ، ولا فرق ، لأن قوما قالوا الصاع ثمانية أرتال ، وقال قوم أكثر من ذلك • [صحة أصول مذهب أهل المدينة : ١١٧]

حجة القول به :

من خلال ما ذكرنا في معنى هذا الدليل يتبين لنا : أن عمدة التمسك به قائمة على أساس التمسك بالإجماع والاستصحاب للبراءة الأصلية ، وكلاهما دليل معتمد ومقبول في إثبات الأحكام الشرعية •
[شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٢/٢٠٢ ، وشرح تنقيح الفصول : ٢٠٣ ، المحصول : ٣/٨١٣]

شروط العمل به :

يشترط للأخذ بأقل ما قيل :

١ - أن تنحصر الأقوال ، بحيث يكون الأقل جزءا من الأكثر ، ومجمعا عليه ضمن هذه الأقوال ، وإلا فلا يعتبر حجة ، لأنه يصبح قول أحد المجتهدين ، وهو ليس بحجة •

٢ - أن لا يوجد دليل غيره يدل على اعتبار الأقل أو الأكثر ، فإن وجد دليل على الأكثر عمل به ، ولهذا لم يأخذ الشافعي رحمه الله تعالى بالأقل في انعقاد الجمعة ، وفي الغسل من ولوغ الكلب ، لقيام الدليل عنده على الأكثر ، وإن دل دليل على الأقل كان الحكم ثابتا به ، لا بالأخذ بالأقل •
[شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٢/٢٠٢ ، الأسنوي والبدخشي : ٣/١٣٤ - ١٣٥ ، المحصول : ٢/٨١٤]



الفصل الثاني

أثر الأخذ بأقل ما قيل

وفيه : المسائل الآتية :

١ - اسنان الإبل في دية الخطأ

٢ - دية النمي

٣ - دية المجوسي

لقد انبنى على التمسك بأقل ما قيل خلاف في بعض الفروع الفقهية ، منها :

المسألة الأولى : أسنان الإبل في دية الخطأ :

اختلف العلماء في أسنان الإبل في دية الخطأ :

١ - اتفق الأئمة الأربعة على أن دية الخطأ أخماس ، وإن اختلفوا في بعض الأسنان مكان بعض .

قال ابن رشد : واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ ، فقال مالك : هي أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكر ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .

[بداية المجتهد : ٤٠٢/٢ ، واطل الزرقاني علي الموطأ : ١٤٠/٥]

وقال في الأم [٩٩/٦] : فدية الخطأ أخماس : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ذكر ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .

وقال في الهداية [٣٠٣/٨] : والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماسا : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .

وقال الخرقى [المغني : ٣٧٧/٨] : وإن كان القتل خطأ : كان على العاقلة مائة من الإبل ، تؤخذ في ثلاث سنين أخماسا : عشرون بنات مخاض ، وعشرون بنات مخاض ، وعشرون بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة .

٢ - وذهب إسحق وعمر بن عبد العزيز إلى أنها أرباع : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة . وهذا مروى عن الحسن البصري .

[المغني : ٣٧٧/٨ ، بداية المجتهد : ٤٠٢/٢ - ٤٠٣]

٣ - وذهب طاووس إلى أنها : ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون بنت مخاض ، وعشرة بني لبون .

وهناك أقوال أخرى غير هذه • [المغني : ٣٧٧/٨]

الأدلة :

١ - عمدة الأئمة الأربعة :

أ - أخذ الشافعي رحمه الله تعالى في هذا بأقل ما قيل :

قال في الأم : وقد اختلف الناس فيها ، فألزم القاتل عدد مائة من الإبل بالسنة ، ثم مالم يختلفوا فيه • ولا ألزمه من أسنان الإبل إلا أقل ما قالوا يلزمه ، لأن اسم الإبل يلزم الصغار والكبار •

ب - وعمدة مالك رحمه الله تعالى أن ما قال به مروي عن ابن مسعود رضي الله عنه •

ج - وعمدة أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى :

١ - ما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال : (في دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بني مخاض ذكر) • [أبو داود : ٤٩١/٢]

٢ - الأخذ بالأقل :

ذكر صاحب العناية : أن الصحابة أجمعت على المائة ، لكنهم اختلفوا في سنّها ، وذكر قول ابن مسعود أنها أخماس ، وقول علي أنها أرباع ، ثم قال : والمقادير لا تعرف إلا سماعاً ، لكن ما قلنا أخف ، وكان أولى بحال الخطأ ، لأن الخاطئ معذور •

وقال في الفتح : نعم ، كون ما رواه - أي ابن مسعود - أليق بحالة الخطأ - لكونه أخف - يصلح أن يكون مرجحاً لما رواه •

وقال ابن قدامة : ولأن ما قلناه الأقل ، فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل .

٢ — وعمدة القائلين بأنها أرباع ما روي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب في دية الخطأ أرباعاً : خمسا وعشرين بنت مخاض ، وخمسا وعشرين بنت لبون ، وخمسا وعشرين حقة ، وخمسا وعشرين جذعة . [أبو داود : ٤٩٣/٢]

٣ — وعمدة طاووس ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله ﷺ : (قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بني لبون ذكور) [أبو داود : ٤٩١/٢] .

قال ابن رشد : قال أبو سليمان الخطابي : هذا الحديث لا أعرف أحداً في الفقهاء المشهورين قال به ، وإنما قال أكثر العلماء : إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا في الأصناف . [انظر في الأدلة المراجع السابقة لدى ذكر الأقوال] .

المسألة الثانية : دية الذمي :

إذا قتل مسلم ذمياً ووجبت الدية فقد اختلف الأئمة في دية على ثلاثة أقوال :

١ — ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى : أنها مثل دية المسلم . قال في الهداية [٣٠٧/٨] : ودية المسلم والذمي سواء .

٢ — وذهب مالك وأحمد — في ظاهر المذهب — رحمهما الله تعالى إلى : أنها على النصف من دية المسلم .

قال ابن رشد : للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها : أن ديتهم على النصف من دية المسلم ، ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونسأؤهم على النصف من نسائهم . وبه قال مالك .

[بداية المجتهد : ٤٠٦/٢ ، وانظر الشرح : ٢٦٧/٤]

وقال الخرقي : ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم ، ونسأؤهم على النصف من دياتهم . قال ابن قدامة [المغني ٣٩٨/٨] : هذا ظاهر المذهب .

٣ - وذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أنها ثلث دية المسلم .

قال في الأم [٩٢/٦] : فمن قتل يهودياً أو نصرانياً خطأ ، وللمقتول ذمة بأمان إلى مدة ، أو ذمة بإعطاء جزية ، أو أمان ساعة ، فقتله في وقت أمانه من المسلمين ، فعليه ثلث دية المسلم ، وذلك ثلاث وثلاثون من الإبل وثلث .

الأدلة :

١ - حجة أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى :

أ - قول النبي ﷺ : (دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار)^(١) . وهذه هي دية المسلم .

ب - أن هذا قضاء أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ، وهو مروي أيضاً عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم .

قال في العناية : وإن لم يكن لنا في المسألة إلا :

ما روى الزهري : أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان ، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف .

وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا .

وما روى عن ابن مسعود : دية الذمي مثل دية المسلم .

وما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ : ودى ذمياً قتل بمائة من الإبل .

لكان لنا من الظهور في المسألة ما لا يخفى على أحد .

(١) قال الزيلعي : أخرجه أبو داود في المراسيل ، ووقفه الشافعي في مسنده على سعيد . [نصب الراية : ٤ / ٣٦٦] .

٢ - وعمدة القائلين إنها النصف :

ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : (دية المعاهد نصف دية المسلم) • وفي لفظ : (أن النبي ﷺ قضى أن عقل الكتابي نصف عقل المسلم) • وفي لفظ : (دية المعاهد نصف دية الحر) •
[الفتح الرباني : ١٦ / ٥٥ ، سنن أبي داود : ٢ / ٥٠٠]

قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا ، ولا بأس بإسناده ، وقد قال به أحمد ، وقول رسول الله ﷺ أولى •

٣ - وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى في هذا الأخذ بأقل ما قيل :

قال في الأم : وأمر الله تعالى في المعاهد يقتل خطأ بدية مسلمة إلى أهله ، ودلت سنة رسول الله ﷺ على : أن لا يقتل مؤمن بكافر - مع ما فرق الله عز وجل بين المؤمنين والكافرين - فلم يجز أن يحكم على قاتل الكافر إلا بدية ، ولا أن ينتقص منها إلا بخبر لازم ، فقضى عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما في دية اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم • ثم قال : ولم نعلم أحداً قال في دياتهم أقل من هذا ، وقد قيل : إن دياتهم أكثر من هذا ، فالزمنا قاتل كل واحد من هؤلاء الأقل مما اجتمع عليه •

[انظر في الأدلة المراجعة المذكورة لدى ذكر الأقوال] •

المسألة الثالثة : دية المجوسي :

اختلف الأئمة أيضاً في دية المجوسي إذا قتله المسلم :

١ - فذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أنها مثل دية المسلم ، كقولهم في الكتابي •

قال في الدر المختار [٥٧٤ / ٦] : والذمي والمستأمن والمسلم في الدية سواء • وحجتهم في هذا هي نفس حجتهم في دية الذمي • [وانظر دليلهم في المسألة السابقة] •

وذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أنها ثلثا عشر دية المسلم ،
أي إنها جزآن من ثلاثين جزءاً من دية المسلم •

وعمدة مالك رحمه الله تعالى في هذا عمل أهل المدينة • جاء في الموطأ [٨٦٤/٢]:
أن سليمان بن يسار كان يقول : دية المجوسي ثمان مائة درهم • قال مالك : وهو
الأمر عندنا •

وعمدة أحمد رحمه الله تعالى عمل الصاعدة رضي الله عنهم • قال الخرقي :
ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، ونسأؤهم على النصف • قال ابن قدامة - في
الاستدلال لهذا - : ولنا قول من سميننا من الصحابة - عمر وعثمان وابن مسعود
رضي الله عنهم - ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً ، فكان إجماعاً •
[المغني : ٤٠١/٨]

وأما الشافعي رحمه الله تعالى : فعمدته في هذا - أيضاً - الأخذ بأقل ما قيل •
قال في الأم [٩٢/٦] : ومن قتل مجوسياً ، أو وثنيّاً له أمان ، فعليه ثلثا عشر دية
مسلم • وقال : وقضى عمر في دية المجوسي بثمانمائة درهم ، وذلك ثلثا عشر دية
المسلم ، لأنه كان يقول : تقوم الدية اثني عشر ألف درهم ، وقال : ولم نعلم أحداً
قال في دياتهم أقل من هذا ، وقد قيل : إن دياتهم أكثر من هذا ، فألزمنا قاتل كل
واحد من هؤلاء الأقل مما اجتمع عليه •



البايع العاشر في الاستقراء وأثره

ويحتوي على فصلين

الفصل الأول : الاستقراء

الفصل الثاني : اثر الاستقراء

الفصل الأول

في

الاستفراء

- معناه

- أنواعه والنوع المراد في البحث

- حجته لدى العلماء وإفادته للحكم

معنى الاستقراء :

في اللغة مأخوذ من قولهم قرأت الشيء قرآناً ، أي جمعته وضممت بعضه إلى بعض ، والسين فيه للطلب .

وقال في المصباح المنير : واستقرأت الأشياء تتبع أفرادها ، لمعرفة أحوالها وخواصها .

وفي الاصطلاح : هو الاستدلال بثبوت الحكم في الجزئيات على ثبوته في الأمر الكلي لتلك الجزئيات .

وذلك بأن يكون المعلوم حال الجزئي من حيث خصوصه ، فتصفح الجزئيات - جميعها أو أكثرها - فيعلم ثبوت ذلك الحال لها ، ثم ينتقل منه إلى ثبوته لذلك الأمر الكلي .

أنواع الاستقراء :

١ - الاستقراء التام : وهو ما يكون فيه حصر الكلي في جزئياته ، ثم إجراء حكم واحد على تلك الجزئيات ، ليتعدى ذلك الحكم إلى ذلك الكلي . فلا بد في الاستقراء التام من تصفح جميع الجزئيات ليحكم بما ثبت لجميعها بثبوته في الكلي .

٢ - الاستقراء الناقص : وهو ما لا يكون فيه حصر الكلي في جزئياته ، بمعنى أنه لا يكون فيه تتبع لجميع جزئيات الكلي ، بل تتبع أكثر الجزئيات ليحكم بما ثبت فيها على الكلي .

وهذا التقسيم عند المناطقة ، والمراد بالبحث عند الأصوليين هو النوع الثاني ، وهو الاستقراء الناقص عند المناطقة ، لأن المراد عندهم الاستدلال به لثبوت حكم في جزئي من جزئيات الكلي .

الاستقراء لدى الأصوليين :

عرف الأصوليون الاستقراء بأنه :

الاستدلال بإثبات الحكم للجزئيات - الحاصل بتتبع حالها - ماعدا صورة النزاع ، على ثبوت الحكم لكلي تلك الجزئيات ، وبواسطة ثبوته يثبت للصورة المخصوصة المتنازع فيها .

أو : هو تتبع الحكم في جزئياته ، على حالة يغلب على الظن أنه في صورة النزاع على تلك الحالة (١) .

حجة الاستقراء :

قال الشاطبي في الموافقات بعد ذكره معنى الاستقراء وإفادته الحكم : وهو أمر مسلم به عند أهل العلوم العقلية والنقلية .

وقال القرافي بعد تعريفه والتمثيل له : وهذا الظن حجة عندنا وعند الفقهاء .

والذي يؤخذ من كلام الأصوليين أنه حجة عند الشافعي رحمه الله تعالى .

وذلك أن كتب الأصول الشافعية - على الغالب - هي التي تكلمت عن هذا الأصل ، ومثلت له ، وبينت ما يفيد من حكم ، وفرعت عليه الفروع ، كما سنرى . والأسنوي في شرحه على المنهاج يعده من الأدلة المقبولة لدى الشافعي رحمه الله تعالى (٢) .

والذي يؤخذ من كلام الشاطبي والقرافي : أنه حجة عند مالك رحمه الله تعالى .

على أن الشاطبي يكثر في موافقاته من الاستدلال بالاستقراء في مواطن مختلفة ، فهو يقرر أن الاستقراء له حكم الصيغة في إثبات العموم فيقول :

(١) شرح المحلى على جمع الجوامع مع حاشية البناني وتقريرات الشربيني :

٣٤٥/٢ - ٣٤٦ ، الأسنوي والبدخشي : ١٥٠/١ ، ١٣٢/٣ - ١٣٣ ، تنقيح الفصول :

٢٠٠ ، المستصفى : ٣٣/١ ، المحصول : ٨١٩/٢ .

(٢) انظر المراجع السابقة ، والموافقات : ٢٩٨/٣ .

العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط ، بل له طريقان :
إحدهما : الصيغ إذا وردت ، وهو المشهور في كلام أهل الأصول .

والثاني : استقراء مواقع المعنى ، حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام ،
فيجبرى في الحكم مجبرى العموم المستفاد من الصيغ .

ثم يقول بعد أن يدل على هذا المعنى :

ولهذه المسألة فوائد تبنى عليها ، أصلية وفرعية ، وذلك أنها إذا تقررت عند
المجتهد ، ثم استقرى معنى عاماً من أدلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر
بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن ، بل يحكم عليها - وإن كانت
خاصة - بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى ، من غير اعتبار بقياس أو غيره ، إذ
صار ما استقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك
إلى صيغة خاصة بمطلوبه .

ونراه - وهو يقرر أن الأصل في العبادات التعبد ، وفي العادات الالتفات إلى
المعاني - يستدل على ذلك بأمور أولها الاستقراء ، فيقول :

الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني ،
وأصل العادات الالتفات إلى المعاني . ثم قال : أما الأول : فيدل عليه أمور : منها
الاستقراء ، فإننا وجدنا الطهارة تتعدى محل موجبها . . الخ . ثم يقول :

وأما أن الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني فلا أمور : أولها : الاستقراء ، فإننا
وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار .
[الموافقات : ٢٩٨ - ٣٠٥] .

وهكذا يكثر من هذا الاستدلال في كثير من المواطن . وهذا مما يدل دلالة
واضحة على أن المالكية يعتمدون الاستقراء دليلاً شرعياً لاستنباط الأحكام .

ونجد الحنفية أيضاً يذكرون الاستقراء في معرض الاستدلال للأحكام الشرعية .

فمن ذلك ما ذكره في سجدة التلاوة ، نافين وجود سجدة ثانية في سورة
الحج ، وأن الأمر بها في الآية : « يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا

ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » / الحج : ٧٧ / إنما هو للصلاة • جاء في فتح
التقدير [٣٨١/١] : « والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا ، لأنها مقرونة بالأمر
بالركوع ، والمعهود في مثله من القرآن كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالاستقراء ،
نحو : « اسجدى واركعي مع الراكعين » / مريم : ٤٣ / •

ونجد مثل ذلك - أيضاً - عند الحنابلة :

فنجدهم يستدلون لأقل الحيض وأكثره بسرد حوادث عن نساء هكذا كان
حيضهن ، وكذلك يقولون في أكثر الحمل : ولنا أن مالا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ،
وقد وجد الحمل لأربع سنين ، ثم يذكرون أمثلة عن النساء • وفي أقل النفاس وأكثره :
يقولون مثل هذا ، والمراد عندهم بالوجود هو ما ذكرناه من معنى الاستقراء •
[المغني : ٢٢٤/١ ، ٢٥١ ، ٢٦٢ ، ٨/١٢١] •

وعلى هذا ، فالظاهر : أن الجميع يعتبرون الاستقراء حجة في إفادته الحكم ،
وإنما يختلفون في مدى الاعتماد عليه •

إفادة الاستقراء الحكم :

ذكر الأصوليون أن الاستقراء - بالمعنى الذي عرفناه به عندهم - نوعان أيضاً :

١ - تام :

وهو ما كان ثبوت الحكم في كليه بواسطة إثباته بالتتبع لجميع الجزئيات
ماعدا صورة النزاع • وهذا النوع يفيد القطع في إثبات الحكم في صورة النزاع
عند الأكثر من العلماء •

٢ - ناقص :

وهو ما كان ثبوت الحكم لكليه ناشئاً عن تتبع أكثر الجزئيات ما عدا
صورة النزاع • وهذا النوع يفيد الظن في إثبات الحكم في صورة النزاع •
وخالف في ذلك الرازي فقال في المحصول [٨١٩/٢] : وهذا النوع لا يفيد
اليقين ، وهل يفيد الظن أم لا ؟ • الأظهر أن هذا لا يفيد الظن إلا بدليل منفصل •

قال الأسنوي [١٣٣/٣] : وخالفه صاحب الحاصل فجزم بأنه يفيد ، وتبعه عليه المصنف . وقال : وعلى هذا فيختلف الظن باختلاف كثرة الجزئيات المستقراة وقتها (١) .

وذكر ابن قاسم العبادي في حاشيته على المحلي : أن اعتبار جميع الجزئيات ما عدا صورة النزاع في النوع الأول ، وأكثر الجزئيات ما عدا صورة النزاع في النوع الثاني ، يلزم عنه خروج ما يكون بنصف الجزئيات فأقل ، فلا يكون استقراء بهذا الاعتبار .

وعلى هذا : يشكل الأمر في مسائل استند الفقهاء فيها إلى الاستقراء ، مع أنه لم يقع فيها استدلال بجميع الجزئيات ولا بأكثرها .

وهذا الذي ذكره ابن قاسم صحيح ، فإننا سنرى في الفصل الثاني أن المسائل التي اعتمد فيها على الاستقراء ، لم يتبع فيها إلا القليل من الجزئيات . ولذلك قال : فالوجه ترك التقييد بالأكثر في الناقص ، بل يقيد بالبعض ، وينبغي ضبط البعض بما يحصل معه ظن عموم الحكم . [الآيات البنات ١٧٩/٤] .

وهذا الوجه الذي ذكره جيد وسديد ، وهو الذي يوافق الواقع والتطبيق .

دليل حجة الاستقراء :

١ - استدلال الشاطبي لثبوت العموم بطريق الاستقراء بثلاثة وجوه فقال :

والدليل على صحة هذا الثاني وجوه :

أحدها : أن الاستقراء هكذا شأنه ، فإنه تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام : إما قطعي ، وإما ظني . وهو أمر مسلم عند أهل العلوم العقلية والنقلية ، فإذا تم الاستقراء حكم به مطلقاً في كل فرد يقدر ، وهو معنى العموم المراد في هذا الموضع .

الثاني : أن التواتر المعنوي هذا معناه ، فإن جود حاتم - مثلاً - إنما ثبت على الإطلاق من غير تقييد ، وعلى العموم من غير تخصيص ، بنقل وقائع خاصة

(١) انظر المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناي : ٣٤٥/٢ - ٣٤٧ .

متعددة تفوت الحصر مختلفة الوقائع ، متفقة في معنى الجود ، حتى حصلت للسامع معنى كلياً حكم به على حاتم وهو الجود ، ولم يكن خصوص الوقائع قادحاً في هذه الإفادة . فكذا إذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين - مثلاً - مفقود فيه صيغة عموم ، فإننا نستفيد من نوازل متعددة ، خاصة ، مختلفة الجهات ، متفقة في أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعداً عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر في السفر ، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أي جهة كان لعسر استخراج القبلة ، والمسح على الجائر والخفين لمشقة النزول ورفع الضرر ، والعفو في الصيام عما يعسر الاحتراز منه من المفطرات كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جداً يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج في الأبواب كلها عملاً بالاستقراء ، فكأنه عموم لفظي ، فإذا ثبت اعتبار التواتر المعنوي ثبت في ضمنه ما نحن فيه .

الثالث : أن قاعدة سد الذرائع إنما عمل السلف بها بناء على هذا المعنى ، كعملهم في ترك الأضحية مع القدرة عليها ، وكإتمام عثمان الصلاة في حجه بالناس ، وتسليم الصحابة له في عذره الذي اعتذر به من سد الذريعة ، إلى غير ذلك من أفرادها التي عملوا بها ، مع أن النصوص فيها إنما هي أمور خاصة كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا » / البقرة : ١٠٤ / وقوله : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم » / الأنعام : ١٠٨ / وفي الحديث : (من أكبر الكبائر أن يسب الرجل والديه) [مسلم : ٩٢ / ١] وأشبه ذلك . وهي أمور خاصة لا تتلاقى مع ما حكموا به إلا في معنى سد الذريعة ، وهو دليل على ما ذكر من غير إشكال . [الموافقات : ٣ / ٢٩٨ - ٣٠٠] .

٢ - واستدل أيضاً لوجوب العمل به بقوله ﷺ : (نحن نحكم بالظاهر) .

والاستقراء يفيد الحكم ظاهراً ، فيجب الحكم به عملاً بالحديث .

[المحصول : ٣ / ٨١٩ ، الأسنوي : ٣ / ١٣٣]

الفصل الثاني

الشر الاستفراء

وفيه المسائل التالية :

- ١ - مدة الحيض (اقله واكثره)
- ٢ - دم الحامل حيض أم استحاضة
- ٣ - أكثر مدة الحمل
- ٤ - مدة النفاس
- ٥ - حكم صلاة الوتر

لقد انبنى على اعتماد هذا الأصل خلاف في بعض المسائل والفروع
الفقهية ، منها :

المسألة الأولى (أقل الحيض وأكثره) :

اختلف الأئمة في مدة أقل الحيض وأكثره :

١ - فذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أن أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها ،
وأكثره عشرة أيام ولياليها •

قال في بداية المبتدي [١١١/١ - ١١٢] : أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها ،
وما نقص من ذلك فهو استحاضة ، وأكثره عشرة أيام ولياليها ، والزائد استحاضة •

٢ - وذهب الشافعي وأحمد رحمهما الله تعالى إلى : أن أقله يوم وليلة ،
وأكثره خمسة عشر يوماً ولياليها •

قال النووي في المنهاج [١٠٩/١] : وأقله يوم وليلة ، وأكثره خمسة عشر
لياليها •

وقال ابن قدامة في المغني [٢٢٤/١] : وأقل الحيض يوم وليلة ، وأكثره
خمسة عشر يوماً • هذا الصحيح من مذهب أبي عبد الله •

٣ - وذهب مالك رحمه الله تعالى إلى : أنه لا حد لأقل الحيض ، وأما أكثره
فخمسة عشر يوماً •

قال ابن رشد في بداية المجتهد [٤٩/١] : وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها
عندمالك ، بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً ، إلا أنه لا يعتد بها في الأقراء
في الطلاق •

وقال : فروي عن مالك أن أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوماً •

الأدلة :

١ - اعتمد الحنفية فيما ذهبوا إليه على قول الصحابي .

إذ إن الموضوع من المقدرات التي لا تدرك بالرأي ، وقول الصحابي فيها حجة عندهم .

وقول الصحابي المعتمد عندهم في هذا : هو ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال : الحيض ثلاث وأربع وخمس وست وسبع وثمان وتسع وعشر ، فإذا زاد فهي مستحاضة .

وما روي أيضاً عن أنس رضي الله عنه - موقوفاً ومرفوعاً - أنه قال : الحيض ثلاثة أيام وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانية وتسعة وعشرة ، فإذا جاوزت العشرة فهي مستحاضة . قالوا : والمروي عنهم كالمروي عن النبي ﷺ ، لأن المقادير لا تعرف قياساً .

واحتجوا أيضاً : بما رواه الدارقطني من حديث وائلة بن الأسقع رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ أنه قال : (أقل الحيض للجارية - البكر والثيب - ثلاثة أيام ولياليها ، وأكثره عشرة أيام) (١) .

ولقد ذكر ابن الهمام الطرق التي وردت بها هذه الأحاديث موقوفة ومرفوعة ، مبيناً تضعيف العلماء لها ، ثم قال : فهذه عدة أحاديث عن النبي ﷺ متعددة الطرق ، وذلك يرفع الضعف إلى الحسن . والمقدرات الشرعية مما لا تدرك بالرأي ، فالموقف فيها حكمه الرفع ، بل تسكن النفس بكثرة ما روي فيه عن الصحابة والتابعين إلى أن المرفوع مما أجاد فيه ذلك الراوي الضعيف .

[الهداية وشروحا : ١/ ١١١ - ١١٢]

٢ - وعمدة الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك الاستقراء .

قال النووي : ومن الاستقراء أن ذلك موجود مشاهد ، ومن أظرفه ما نقله

(١) أخرجه الدارقطني بروايات متعددة مع اختلاف في اللفاظ : ٢٠٨/١

وما بعدها .

القاضي أبو الطيب في تعليقه قال : أخبرني امرأة عن أختها أنها تحيض في كل سنة يوماً وليلة ، وهي صحيحة تحبل وتلد ، ونفاسها أربعون يوماً .
[انظر مغني المحتاج : ١٠٩/١ ، المجموع : ٣٩٣/٢]

قال في الأم : وخالفنا بعض الناس في شيء من المحيض والمستحاضة وقال : لا يكون الحيض أقل من ثلاثة أيام . فإن امرأة رأت الدم يوماً أو يومين أو بعض يوم ثالث ولم تستكمله فليس هذا بحيض ، وهي طاهر تقضي الصلاة فيه . ولا يكون الحيض أكثر من عشرة أيام ، فما جاوز العشرة بيوم أو أقل أو أكثر فهو استحاضة . هـ

وأخذ يناقش هذا القول مثبتاً صحة ما ذهب إليه ثم قال :

قلت : قد رأيت امرأة أثبت لي عنها أنها لم تزل تحيض يوماً ، ولا تزيد عليه . وأثبت لي عن نساء أنهن لم يزلن يحضن أقل من ثلاث ، وعن نساء أنهن لم يزلن يحضن خمسة عشر يوماً ، وعن امرأة أو أكثر أنها لم تزل تحيض ثلاث عشرة . فكيف زعمت أنه لا يكون ما قد علمنا أنه يكون ؟

ثم يتابع المناقشة مبيناً المراد من أقاويل الصحابة إن صحت ، مثبتاً ضعف ماورد من حديث في هذا الباب . [الأم : ١/٥٥ وما بعدها] .

٣ - وأما مالك وأحمد رحمهما الله تعالى فعمدتهما في هذا الباب العرف والعادة والتجربة ، حيث إن الحيض ورد في الشرع مطلقاً من غير تحديد ، كما ورد في قوله تعالى : « فاعتزلوا النساء في المحيض » / البقرة ٢٢٢ / . ولا حد له في اللغة ولا في الشريعة ، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة ، كما يرجع إلى ذلك في القبض والإحراز والفرق وأشباهاها .

قال في المغني : وقد وجد حيض معتاد يوماً ، قال عطاء : رأيت من النساء من تحيض يوماً وتحيض خمسة عشر .

وقال أحمد : حدثني يحيى بن آدم قال : سمعت شريكاً يقول : عندنا امرأة تحيض كل شهر خمسة عشر يوماً حيضاً مستقيماً .

وذكر اسحق بن راهويه عن بكر بن عبد الله المزني أنه قال : تحيض امرأتي يومين . وقال إسحق : قالت امرأة من أهلنا معروفة : لم أفطر منذ عشرين سنة في شهر رمضان إلا يومين . قال ابن قدامة : وقولهن يجب الرجوع إليه ، لقوله تعالى : « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » / البقرة : ٢٢٨ / . فلولا أن قولهن مقبول ما حرم عليهن الكتمان ، وجرى ذلك مجرى قوله : « ولا تكتموا الشهادة » / البقرة : ٢٨٣ / .

قال : ولم يوجد حيض أقل من ذلك عادة مستمرة في عصر من الأعصار ، فلا يكون حيضاً بحال . [المغني : ١ / ٢٢٥] .

وظاهر استدلال الحنابلة من سرد الحوادث عن عديد من النساء أنهم يعتمدون في هذا على الاستقراء ، وهو ما يعبرون عنه بالوجود — أحياناً — كما ذكروا في استدلالهم لأكثر الحمل ، ولعل إطلاقهم العرف والعادة هنا بهذا المعنى . وكذلك المالكية .

قال ابن رشد بعد ذكره أقوال العلماء في هذه المسألة :

وهذه الأقاويل كلها — المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره ، وأقل الطهر — لا مستند لها إلا التجربة والعادة ، وكل إنما قال من ذلك ما ظن أن التجربة أوقفته على ذلك ، ولاختلاف ذلك في النساء عسر أن يعرف بالتجربة حدود هذه الأشياء في أكثر النساء ، ووقع الخلاف الذي ذكرنا .
[بداية المجتهد : ١ / ٤٩ ، وانظر الشرح الكبير : ١ / ١٦٨]

المسألة الثانية : دم الحامل حيض أو استحاضة :

اختلفوا في الحامل ترى الدم : هل يعتبر ذلك حيضاً أو استحاضة ؟

١ — ذهب مالك والشافعي — في الجديد ، وهو الأظهر — رحمهما الله تعالى إلى : أن دم الحامل حيض .

قال ابن رشد : ذهب مالك إلى أن الحامل تحيض .

وقال الخطيب الشربيني : والأظهر الجديد أن دم الحامل حيض ، وإن ولدت متصلاً بآخره بلا تخلل نقاء .

[بداية المجتهد : ٥١/١ ، وانظر مغني المحتاج : ١١٨/١]

٢ - وذهب الحنفية إلى : أن الحامل لا تحيض مطلقاً ، وأن ما تراه من دم فهو استحاضة .

قال في بداية المبتي : [١٢٩/١] : والدم الذي تراه الحامل ابتداء - أو حال ولادتها قبل خروج الولد - استحاضة وإن كان ممتداً .

٣ - وذهب الحنابلة إلى : أن الحامل لا تحيض ، وما تراه من الدم فهو استحاضة ، إلا إذا رآته قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة فهو دم نفاس .

قال الخرقى : والحامل لا تحيض ، إلا أن تراه قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة فيكون دم نفاس . قال ابن قدامة : مذهب أبي عبد الله رحمه الله : أن الحامل لا تحيض ، وما تراه من الدم فهو دم فساد . وقال : قال يعقوب بن بختان : سألت أحمد عن المرأة إذا ضربها المخاض قبل الولادة بيوم أو يومين ، تعيد الصلاة ؟ قال : لا . [المغني : ٢٦١/١ - ٢٦٢]

الأدلة :

١ - أما مالك رحمه الله تعالى فاحتج بما عليه الأمر في المدينة . جاء في الموطأ [٦٠/١] : عن مالك : أنه بلغه أن عائشة زوج النبي ﷺ قالت في المرأة الحامل ترى الدم : إنها تدع الصلاة . وأنه سأل ابن شهاب عن المرأة الحامل ترى الدم ؟

قال : تكف عن الصلاة . قال مالك : وذلك الأمر عندنا .

٢ - وأما الشافعية فعمدتهم :

أ - إطلاق قوله تعالى : « ويسألونك عن الميض قل هو أذى » / البقرة : ٢٢٢ . وكذلك عموم الأخبار الواردة في الحيض .

ب - أن دم الحامل دم متردد بين دمي العلة والجبلة ، والأصل السلامة من العلة ، فيكون دم جبلة ، وهو الحيض .

ج - قياساً على دم الموضع ، قال في المجموع : الموضع لا تحيض غالباً ، وكذا الحامل ، فلو اتفق رؤية الدم في حال الرضاع كان حيضاً بالاتفاق ، فكذا في حال الحمل ، فهما سواء في النذور ، فينبغي أن يكونا سواء في الحكم بأنهما حيض • [المجموع : ٣٩٦/٢ ، وانظر مغني المحتاج : ١١٨/١]

وهذا نوع استقراء كما هو ظاهر •

٣ - وأما الحنفية : فقد احتجوا لما ذهبوا إليه بأن العادة المستمرة لدى النساء عدم خروج الدم من الحامل ، وذلك أن فم الرحم ينسد بالجل ، فلا يخرج الدم إلا بالولادة لا تنفاخ فم الرحم بخروج الولد . وعلى فرض أنه قد يخرج فخروجه نادر قد لا يراه الإنسان ولا يسمع به في عمره • وعلى هذا يجب أن يحكم في كل حامل بانسداد رحمها اعتباراً للمعهود من أبناء نوعها • وذلك يستلزم إذا رأت الدم أن يحكم بكونه غير خارج من الرحم ، وإذا حكم بأنه غير خارج من الرحم لا يكون حيضاً •

قال ابن الهمام بعد تقريره هذا الدليل : ولذا حكم الشارع بكون وجود الدم دليلاً على فراغ الرحم في قوله ﷺ : (ألا ، لا تنكح الحبالى حتى يضعن ، ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضه) • [فتح القدير : ١٢٩/١ - ١٣٠]

ومضمون هذا الاستدلال أنه استدلال بالاستقراء •

٤ - وأما الحنابلة فحجبتهم :

أ - قوله ﷺ : (لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة)^(١) فجعل وجود الحيض علماً على براءة الرحم ، فدل ذلك على أنه لا يجتمع مع الحمل •

ب - حديث ابن عمر رضي الله عنه : أنه طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمر النبي ﷺ فقال : (مره فليراجعها ، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً) [الترمذي : ٣٢١/٢] • فجعل الحمل علماً على عدم الحيض كما جعل الطهر علماً عليه •

(١) أخرجه أبو داود [٢١٥٧] بلفظ : (ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة) •

ج - لأن مدة الحمل زمن لا يعتادها الحيض فيه غالباً ، فلم يكن ما تراه فيه
حيضاً ، كالأيسة . قال أحمد : إنما يعرف النساء الحمل بانقطاع الدم .
وهذا نوع استقرار أيضاً لدى الحنابلة .

د - قالوا : إن الدم الذي يخرج قبل الولادة بيومين أو ثلاثة دم خرج بسبب
الولادة ، فكان نفاساً ، كالخارج بعدها ، وإنما يعلم خروجه بسبب الولادة إذا كان
قريباً منها ، ويعلم ذلك برؤية أماراتها من المخاض ونحوه في وقته .
[المغني : ٢٦١/١ - ٢٦٢]

المسألة الثالثة : أكثر مدة الحمل :

اتفق الأئمة على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، واختلفوا في أكثر مدته :

١ - ذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن أكثر مدة الحمل
سنتان .

قال في الهداية [٣١٠/٣] : وأكثر مدة الحمل سنتان .

٢ - وذهب الشافعي ومالك - في المشهور عنه - وأحمد - في ظاهر
المذهب - رحمهم الله تعالى : إلى أن أكثر مدة الحمل أربع سنوات .

ذكر في الأم ما يدل على ذلك ، فقد قال الشافعي في معرض الكلام عن عدة من
رفعتها الحيضة : وقد قيل إن مدتها أكثر الحمل ، وهو أربع سنين .

وقال في معرض الكلام عن عدة الحامل : وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك فيه
الرجعة أو لا يملكها ، فلم يحدث لها الزوج رجعة ولا نكاحاً حتى ولدت لأكثر من
أربع سنين من يوم طلقها الزوج ، وأنكر الزوج الولد ولم يقر بالحمل ، فالولد منفي
عنه بلا لعان ، لأنها ولدت بعد الطلاق لما لا تلده النساء .

وقال أيضاً في نفس الباب : وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك فيه الرجعة
أو لا يملكها ، فأقرت بانقضاء العدة أو لم تقربها ، حتى ولدت ولداً لم يجاوز أربع
سنين من الساعة التي وقع فيها الطلاق أو أقل ، فالولد أبداً لاحق بالأب لأكثر
ما يكون له حمل النساء من يوم طلقها . [الأم : ١٩٤/٥ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤] .

وقال ابن رشد في باب العدد : وأما المسترابة - أعني التي تجد حساً في بطنها
تظن به أنه حمل - فإنها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه : فقليل في المذهب
أربع سنين ، وقيل خمس سنين .

[بداية المجتهد : ٩٢/٢ ، وانظر حاشية الدسوقي : ٤٦٩/٢ - ٤٧٤]

وقال ابن قدامة : ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ، وروي عن
أحمد أن أقصى مدته سنتان . [المغني : ١٢١/٨]

الأدلة :

١ - حجة الحنفية قول الصحابي ، وهو قول عائشة رضي الله عنها : الولد
لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل . وفي رواية : ولو فلكة مغزل .

قالوا : وهذا مما لا يدرك بالرأي لأنه من المقادير ، والعقل لا يهتدي إلى معرفة
المقادير ، فالظاهر أن عائشة رضي الله عنها قالتها سماعاً .

وقول الصحابي - إذا كان مما لا يدرك بالرأي - فهو حجة عند الحنفية
باتفاق . [الهداية وشروحها : ٣١٠/٣] .

٢ - وأما القائلون : إنها أربع سنين ، فحجتهم في ذلك الاستقراء ، إذ إن ما لا
نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد الحمل لأربع سنوات .

جاء في المغني لابن قدامة : روى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس :
حديث جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ؟ قال مالك :
سبحان الله ، من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين
قبل أن تلد .

وقال الشافعي : بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين .

وقال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة عجلان حملت ثلاثة
بطون كل دفعة أربع سنين ، وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي
في بطن أمه أربع سنين ، وهكذا إبراهيم بن نجيع العقيلي ، حكى ذلك أبو الخطاب .

قال ابن قدامة : وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ، ولا يزد عليه لأنه ما وجد .
وقال أيضاً : إن عمر رضي الله عنه ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل . وروى ذلك عن عثمان وعلي ، رضي الله عنهما ، وغيرهما .
[المغني : ١٢١/٨ - ١٢٢ ، وانظر مغني المحتاج : ٣/٣٩٠]

المسألة الرابعة : مدة النفاس :

اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا حد لأقل النفاس ، فقد يكون لحظة ، وقد تكون ولادة بلا نفاس .
واختلفوا في أكثره :

١ - فذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى أن أكثر النفاس ستون يوماً ، وهو قول مالك الأول ، وعليه أصحابه .

قال النووي : فمذهبنا المشهور الذي تظاهرت عليه نصوص الشافعي رحمه الله وقطع به الأصحاب : أن أكثر النفاس ستون ، ولا حد لأقله . [المجموع : ٨/٥٢٦] .
وقال ابن رشد : اختلفوا في أقل النفاس وأكثره : فذهب مالك إلى أنه لا حد لأقله ، وأما أكثره : فقال مالك مرة : هو ستون يوماً ، ثم رجع عن ذلك فقال : يسأل عن ذلك النساء ، وأصحابه ثابتون على القول الأول .
[بداية المجتهد : ١/٥٠ ، وانظر الشرح الكبير : ١/١٧٤]

٢ - وذهب أبو حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى إلى أن أكثر النفاس أربعون يوماً ، وهو مذهب أحمد رحمه الله تعالى ، وحكي عنه رواية أخرى مثل قول الشافعي .

قال في الهداية : وأقل النفاس لا حد له ، وأكثره أربعون يوماً ، والزائد عليه استحاضة . [الهداية وشروحها : ١/١٣٠ - ١٣١] .

وقال الخري : وأكثر النفاس أربعون يوماً ، وليس لأقله حد ، أي وقت رأت الطهر اغتسلت وهي طاهر . قال ابن قدامة : وحكى ابن عقيل عن أحمد رواية مثل قولهما (أي مالك والشافعي) . [المغني : ١/٢٥٠ - ٢٥١] .

الأدلة :

عمدة القائلين إنه ستون يوماً : الاستقراء ، فإنه قد وجد نساء يرين النفاس هذه المدة ، والاعتماد في هذا الباب على الوجود •

قال النووي : واحتج أصحابنا بأن الاعتماد في هذا الباب على الوجود ، وقد ثبت الوجود في الستين — فقد روي عن الأوزاعي قال : عندنا امرأة ترى النفاس شهرين — فتعين المصير إليه ، كما قلنا في أقل الحيض والحمل وأكثرهما •

وقال ابن رشد : وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتجربة لاختلاف أحوال النساء في ذلك ، ولأنه ليس هناك سنة يعمل عليها ، كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والظهر • [المراجع السابقة لدى ذكر الأقوال] •

والمراد بالتجربة والوجود — كما هو ظاهر — الاستقراء بالمعنى الذي ذكرناه •

٢ — حجة القائلين بأن أكثره أربعون يوماً :

أ — ما روى أبو سهل كثير بن زياد عن مسة الأزديّة عن أم سلمة رضي الله عنها قالت : كانت النساء تجلس على عهد النبي ﷺ أربعين يوماً وأربعين ليلة •

رواه أبو داود [٧٤/١] والترمذي [٩٢/١] وقال : هذا الحديث لا نعرفه إلا من حديث أبي سهل ، وهو ثقة • قال الخطابي : أثنى محمد بن إسماعيل (أي البخاري) على هذا الحديث •

قال في فتح القدير : ومعنى الحديث : كانت تؤمر أن تجلس إلى الأربعين ، ليصح ، إذ لا يتفق عادة جميع أهل عصر في حيض أو نفاس •

ب — ما روى الحكم به عتيبة ، عن مسة عن أم سلمة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنها سألته : كم تجلس المرأة إذا ولدت ؟ قال : (أربعين يوماً ، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك) [الدارقطني : ٢٢٣/١] • قال في فتح القدير : وروي هذا من عدة طرق لم تخل عن الطعن ، لكنه يرتفع بكثرتها إلى الحسن •

ج — أن هذا مروي عن عمر وابنه وعائشة وابن عباس وأبي هريرة وأم سلمة وأم حبيبة وعثمان بن أبي العاص ، وعائذ بن عمرو رضي الله عنهم ، ومثله لا يعرف

إلا سماعاً ، فيكون في حكم المرفوع ، وكذلك لم يعرف لهم في عصرهم مخالف ، فيكون إجماعاً . وقد حكى الإجماع أبو عيسى الترمذي قال : أجمع أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم على : أن النفساء تدع الصلاة أربعين يوماً ، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك ، فتغتسل وتصلي . وقال أبو عبيد : وعلى هذا جماعة الناس . [المغني : ٢٥٠/١ - ٢٥١ ، الهداية وشروحها : ١٣٠/١ - ١٣١] .

المسألة الخامسة : حكم صلاة الوتر :

اختلف الأئمة في حكم صلاة الوتر ، هل هي سنة أم واجب ؟

١ - فذهب مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى إلى أن الوتر سنة مؤكدة ، وبهذا قال صاحب أبي حنيفة - أبو يوسف ومحمد - رحمهم الله تعالى .
قال في الشرح الكبير [٣١٧/١] : والوتر سنة أكد السنن .
[وانظر بداية المجتهد : ١/٨٦]

وقال في الأم [١٢٥/١] : التطوع وجهان :

أحدهما : صلاة جماعة مؤكدة ، فلا أجز ترکہا لمن قدر عليها ، وهي : صلاة العيدين ، وخسوف الشمس والقمر ، والاستسقاء .

وصلاة منفرد ، وبعضها أوكد من بعض ، فأوكد ذلك الوتر ، ويشبه أن يكون صلاة التهجد ، ثم ركعتا الفجر . قال : ولا أرخص لمسلم في ترك واحدة منهما وإن لم أوجبهما ، ومن ترك واحدة منهما أسوأ حالا ممن ترك جميع النوافل .

وقال ابن قدامة : الوتر غير واجب ، وهو سنة مؤكدة : قال أحمد : من ترك الوتر عمداً فهو رجل سوء ، ولا ينبغي أن تقبل له شهادة . وأراد المبالغة في تأكيده ، وقد صرح في رواية حنبل فقال : الوتر ليس بمنزلة الفرض ، فلو أن رجلاً صلى الفريضة وحدها جاز له . [المغني : ١١٧/٢ - ١١٩] .

٢ - وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى : أن الوتر واجب .

قال في الهداية [٣٠٠/١] : الوتر واجب عند أبي حنيفة ، وقالوا : سنة .

الأدلة :

١ - حجة القائلين بعدم الوجوب :

أ - حديث طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه قال : (جاء رجل من أهل نجد ، فإذا هو يسأل عن الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : خمس صلوات في اليوم والليلة . فقال : هل علي غيرها ؟ فقال : لا ، إلا أن تطوع . وسأله عن الزكاة والصيام ، وقال في آخره : والله لا أزيد على هذا ولا أنقص . فقال النبي ﷺ : (أفلح إن صدق) . [البخاري : ١٩/١]

وجه الاستدلال به : أن النبي ﷺ أخبره أن الواجب من الصلوات إنما هو الخمس ، وفيه تصريح بأن الزيادة على الخمس إنما تكون تطوعاً ، وكذلك فيه تصريح بأنه لا يأنهم أحد إذا ترك الزيادة على الصلوات الخمس .

ب - ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال : (ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله ، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة ، فإن هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله فرض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد إلى فقرائهم) . [البخاري : ١٣٠/٢]

قال النووي في المجموع : وهذا من أحسن الأدلة ، لأن بعث معاذ رضي الله عنه إلى اليمن كان قبل وفاة النبي ﷺ بقليل جداً .

ج - ما روي عن علي رضي الله عنه قال : إن الوتر ليس بحتم ، ولا كصلواتكم المكتوبة ، ولكن رسول الله ﷺ أوتر ثم قال : (يا أهل القرآن أوتروا ، فإن الله وتر يحب الوتر) .

د - ما روى عبد الله بن محيريز : أن رجلاً من بني كنانة - يدعى المخدجي - سمع رجلاً بالشام - يدعى أبا محمد - يقول : إن الوتر واجب ، قال : فرجت إلى عبادة بن الصامت فأخبرته ، فقال عبادة : كذب أبو محمد ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : (خمس صلوات كتبهن الله تعالى على العباد ، فمن جاء بهن لم يضيع منهن شيئاً

استخفافاً بحقهن ، كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة ، ومن لم يأت بهن فليس له عند الله عهد ، وإن شاء عذبه ، وإن شاء أدخله الجنة) •
[ابن ماجه : ٤٤٨/١ ، والنسائي ، وأبو داود]

هـ - ما روى مالك أنه بلغه أن رجلاً سأل عبد الله بن عمر عن الوتر ، أوجب هو ؟ فقال عبد الله بن عمر : قد أوتر رسول الله ﷺ وأوتر المسلمون • فجعل الرجل يردد عليه وعبد الله بن عمر يقول : أوتر رسول الله ﷺ وأوتر المسلمون •

و - ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما : أن رسول الله ﷺ كان يصلي الوتر على راحلته ، ولا يصلي عليها المكتوبة • [البخاري : ٣٢/٢ ، مسلم : ٤٨٧/١]

قال في المجموع [٥١٧/٣] : واستدل به الشافعي والأصحاب على أن الوتر ليس بواجب • هـ

ووجه الاستدلال - عندهم - الاستقراء • وذلك أن الوتر يؤدي على الراحة بالإجماع ، وكل ما يؤدي على الراحة لا يكون واجباً ، وذلك باستقراء وظائف اليوم واليلة أداء وقضاء ، وعليه لا يكون الوتر واجباً •

قال في المستصفي [٣٣/١] : أما الاستقراء فهو عبارة عن تصفح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات ، كقولنا في الوتر : ليس بفرض ، لأنه يؤدي على الراحة ، والفرض لا يؤدي على الراحة ، فيقال : لم قلتم إن الفرض لا يؤدي على الراحة ؟ فيقال : عرفناه بالاستقراء ، إذ رأينا القضاء والأداء والمنذور وسائر أصناف الفروض لا تؤدي على الراحة ، فقلنا : إن كل فرض لا يؤدي على الراحة •

وبنظير هذا المعنى استدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قالوا : ظهرت آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ، ولا يؤذن له ، فيكون سنة • وذكر ابن قدامة مثل هذا حيث قال : ولأنه يجوز فعله على الراحة من غير ضرورة ، فلم يكن واجباً ، كالسنن •

[المجموع : ٥١٥/٣ - ٥١٦ ، المغني : ١١٨/٢ ، الموطأ : ١٢٣/١ - ١٢٤ ، مغني المحتاج : ٢٢١/١ ، الهداية وشروحها : ٣٠٠/١ ، الأسنوي : ١٣٣/٣]

٢ - حجة القائلين بالوجوب :

أ - ما رواه أبو نضرة الغفاري : أن رسول الله ﷺ قال : (إن الله تعالى زادكم صلاة ألا وهي الوتر ، فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر) .
[الحاكم في المستدرک : ٥٩٣/٣]

ذكر ابن الهمام طرق هذا الحديث ، وناقش تضعيف العلماء لها ثم قال : فتم أمر هذا الحديث على أتم وجه في الصحة ، ولو لم يكن هذا كان في كثرة طرقه المضعفة ارتفاع له إلى الحسن ، بل بعضها حسن حجة .
ووجه الاستدلال بالحديث :

أولاً : أنه قال ﷺ : زادكم ، والزيادة لا تتحقق إلا في الواجبات لأنها محصورة بعدد ، ولا تتحقق في النوافل ، لأنها لا حصر لها .

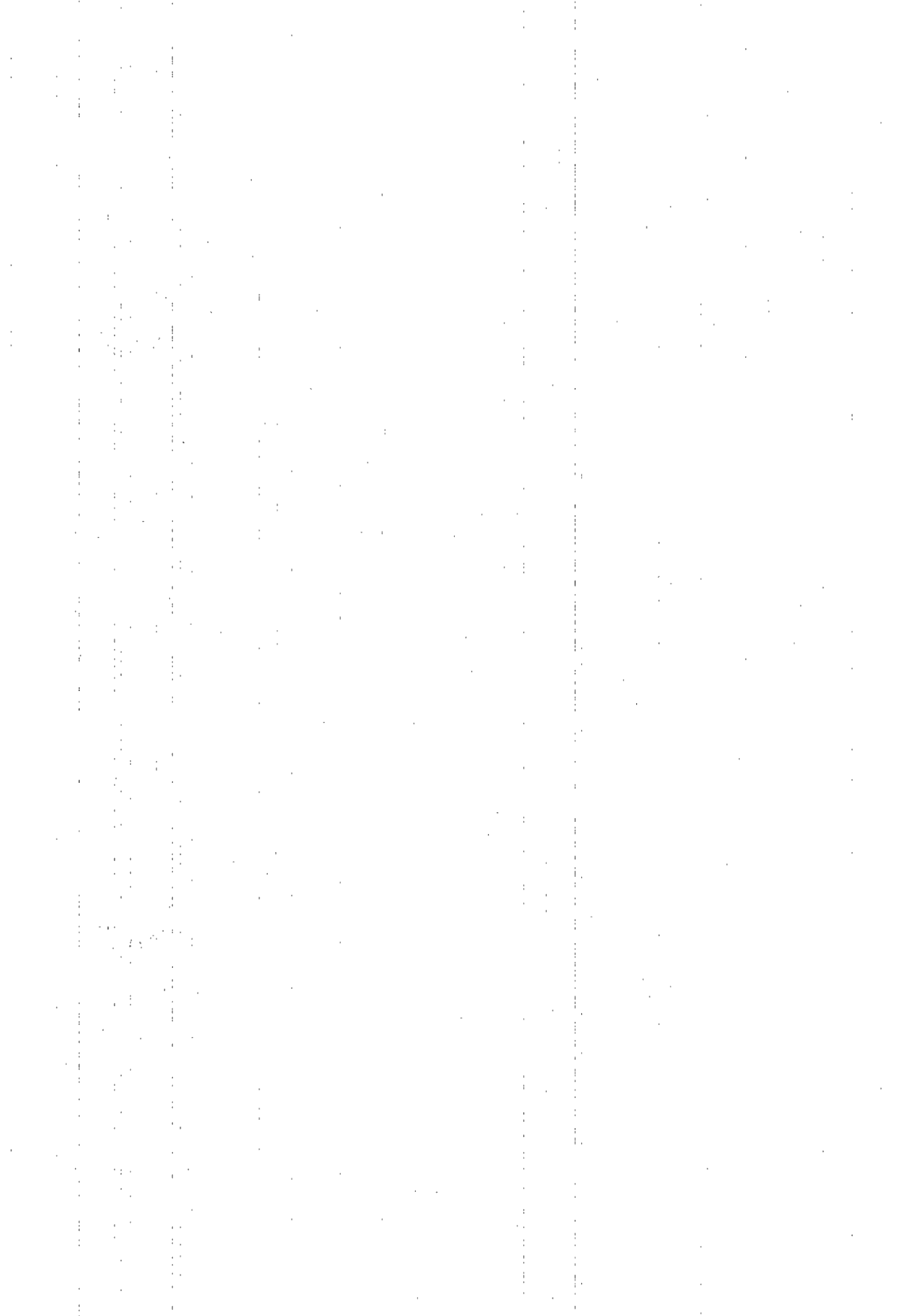
ثانياً : أنه أضاف الزيادة إلى الله تعالى ، والسنن إنما تضاف إلى رسول الله ﷺ .
ثالثاً : أن الزيادة على الشيء إنما تتحقق إذا كانت من جنس المزيد عليه ، والمزيد عليه فرض ، فكذا الزائد ، إلا أن الدليل غير قطعي ، فصار واجباً .
رابعاً : الأمر في قوله : فصلوها ، فإنه للوجوب .

قال ابن الهمام بعد الكلام عن هذا الحديث والاستدلال به :

والأولى التمسك فيه بما في أبي داود [٣٢٨/١] - ورواه الحاكم وصححه - عن أبي المنيب عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : (الوتر حق ، فمن لم يوتر فليس مني ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس مني) .

ب - قالوا : هو كذلك صلاة لها صفات الصلاة المفروضة ، حيث إنه صلاة مقضية ومؤقتة ، فتجب ، كالمغرب ، [الهداية وشروحها : ٣٠٠ - ٣٠٣] .

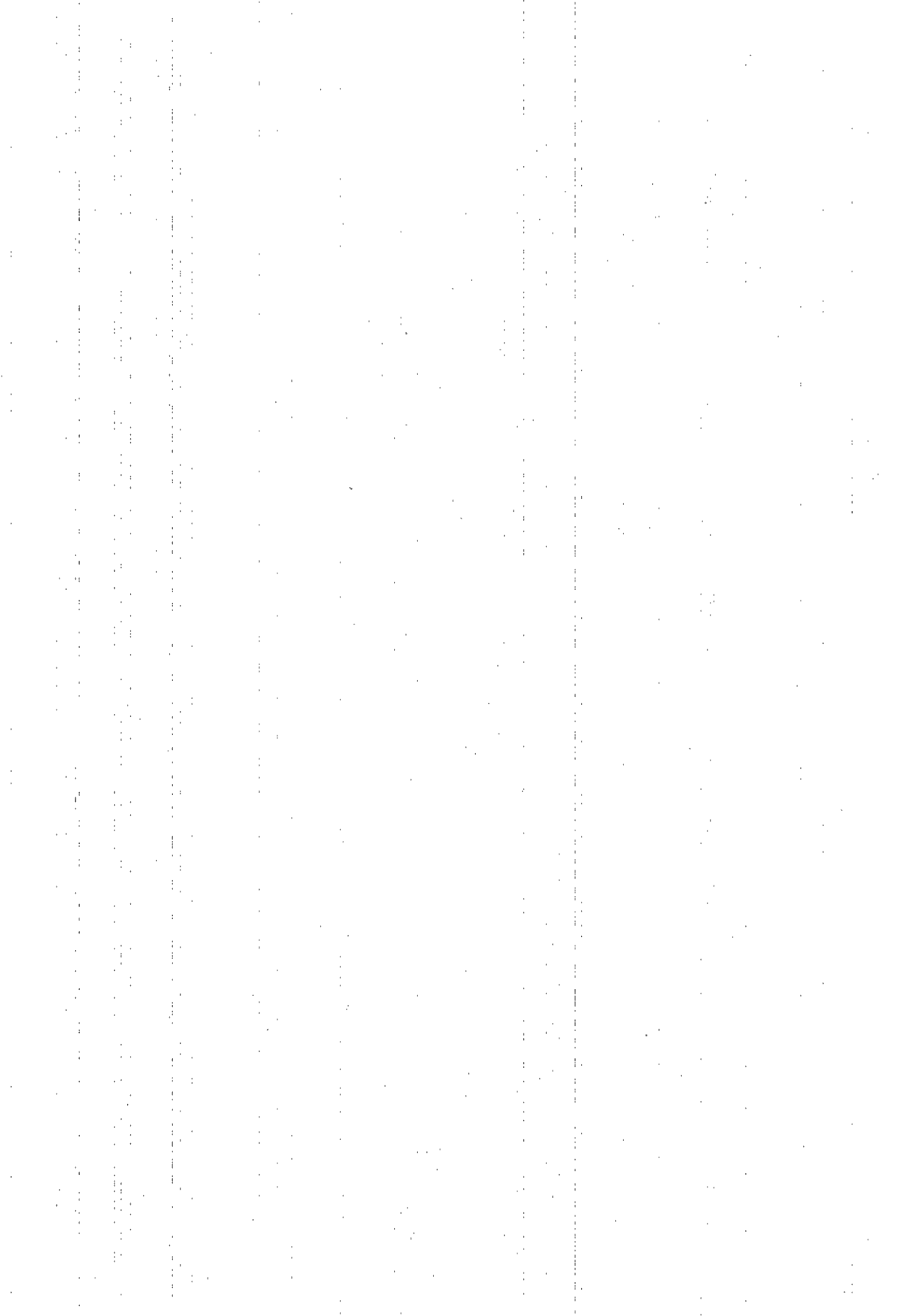




خاتمة

في

بيان اثر المصادر التشريعية - من حيث
تعددتها وتنوعها - في الشريعة الإسلامية
من حيث مرونتها واتساعها وصلاحياتها لكل
زمان ومكان - مع الإبقاء على جوهرها وذاتيتها



إن الله سبحانه وتعالى أرسل نبيه محمداً ﷺ ليكون للعالمين نذيراً ، وداعياً إلى الله يأذنه وسراجاً منيراً ، وأنزل عليه الكتاب بالحق ليبين للناس ما نزل إليهم ويهديهم إليه صراطاً مستقيماً ، وجعل شريعته خاتمة الشرائع إلى يوم الدين ، وجعله خاتم الأنبياء والمرسلين : « ما كان محمداً أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » / الأحزاب : ٤٠ / • فكان الناس - على اختلاف أجناسهم وألوانهم ، وتباعد أقطارهم وتباين لهجاتهم - مكلفين باتباع هديه والتزام طريقه : « وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً » / سبأ : ٢٨ / • وكان ﷺ المنقذ للإنسانية من غيابات الجهل ومن وهدة الضلال والعسى إلى العلم والمعرفة والإيمان والهدى : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » / الأنبياء : ١٠٧ / •

وكانت هذه الشريعة جامعة مانعة مهيمنة على الشرائع كلها ، لا تحتاج إلى زيادة ولا تعديل : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » / المائدة : ٣ / •

كما كانت هذه الشريعة متضمنة لكل خير ، منزهة عن كل شر ، ليس فيها إلا ما يصلح أمور العباد في داري المعاش والمعاد ، لأنها شريعة الخالق إلى المخلوق ، فهي طريق العابد إلى المعبود : « وإنه لكتاب عزيز • لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » / فصلت : ٤١ ، ٤٢ / •

ولقد حفظ الله سبحانه هذه الشريعة من أن تنالها أيدي التغيير والتبديل ، أو تعبت بها أهواء الزائعين والمضللين بالتحريف والتأويل ، أو يطمع ذو مرض أو هوس أن يطمس معالمها ويستأصل شأفتها : « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » / الحجر : ٩ / •

كما جعل الله تعالى هذه الشريعة هي منهاج الحياة ، وأوجب على الإنسانية جمعاء أن تسير على وفقه في شتى مرافق حياتها ، حتى تضمن السعادة الخالدة ،

فتحقق الحياة الفضلى في دنياها، وتكفل النعيم والنجاة في آخرها : « وأن لو استقاموا على الطريقة لأسقيناهم ماء غدقاً » / الجن : ١٦ / .

وكان في اتباع هذه الشريعة الهداية والنور : « فمن اتبع هداي فلا يضل ولا يشقى » / طه : ١٢٣ / . وكان في الإعراض عنها التعاسة والشقاء والبؤس والفناء : « ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكاً ونحشره يوم القيامة أعمى » / طه : ١٢٤ / .

ولهذه المعاني كلها - وغيرها مثلها كثير - اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، تكفل للناس الحياة المثلى، مهما تباعدت بهم الديار، واختلف فيهم الأقاليم ومضت عليهم الأجيال ، فترعى مصالحهم في كل حين وأن بما يجلب لهم النفع ويدفع عنهم الضر والفساد ، وتضفي عليهم اليسر ، وترفع عنهم الحرج والعسر في كل شأن من شؤونهم وحال من أحوالهم : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » / البقرة : ١٨٥ / . « وما جعل عليكم في الدين من حرج » / الحج : ٧٨ / .

وهذا من شأنه أن تكون هذه الشريعة - بأحكامها وتشريعاتها ، وقواعدها وتقنيناتها ، وأصولها وفروعها - مرنة مرونة الحياة، ومتسعة اتساع الكون، ليتمكن الناس من العمل بها ، والسير على هديها والالتزام بحكمها ، وهي هي شريعة الله المنزلة وآياته المحكمة وقرآنه المعجز ، لا تداخلها الجاهليات المختلفة في حكم من أحكامها أو شأن من شؤونها : « فماذا بعد الحق إلا الضلال » / يونس : ٣٢ / .

وهذا ما كمله الله سبحانه في هذه الشريعة للمهتدين بهديها الذين لا يعدلون عن سننها ، ولا تنحرف بهم الأهواء عن سمو تشريعها ولا تزغ قلوبهم عن فيض حكمها وأحكامها : « أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون » / المائدة : ٥٠ / . فكانت هذه الشريعة متعددة المصادر، متنوعة المدارك، لاستنباط ما يصلح حياة الناس من الأحكام التي تحقق مقاصد الشريعة في الخلق كما أرادها الخالق جلت حكمته . ومن هنا كانت المرونة ، وكان الاتساع ، وكانت الملائمة لكل زمان ومكان وكل شأن وحال .

فلقد كانت هذه المرونة في كتاب الله تعالى المنزل على رسوله المصطفى ﷺ ، وهو أصل الأصول في هذه الشريعة ، والغاية التي تنتهي إليها أقطار المتبصرين ، ومدارك أهل الاجتهاد والاستنباط ، ليعرفوا حكم الله تعالى في كل حادثة ونازلة ، وهو المرجع الذي ليس وراءه غاية لمستزيد ، فقد فصل كل شيء وبينه أحسن تبيان : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » / النحل : ٨٩ • وأثنى على الأول والآخر : فنظم شؤون الحياة وبين علاقة الفرد بربه ، وتناول أموره بتشريع الأحكام منذ كان جنينا في رحم أمه إلى أن يصير رفاتا في قبره ، ينظم له شؤون حياته ، فيضع الأسس السليمة وينير المسالك القويمة التي ترعى شخصه وتهذب نفسه ، وتحفظ له حياته وعقله ، وتصون ماله وعرضه ، وتحكم علاقته ببنينا نوعه ، بعد أن كفلت فيه الدين السليم والعقيدة الصافية ، وأيقظت فيه الضمير الحي ، وأدبته على مكارم الأخلاق ، ولقد تبارك الله تعالى القائل : « ما فرطنا في الكتاب من شيء » / الأنعام : ٣٨ •

ثم كانت هذه المرونة في السنة المطهرة ، ذلك المعين الفياض الذي لا ينضب مدركا من مدارك الأحكام ، تعرفنا حكم الله سبحانه وتعالى في كل كبير وصغير • فرسول الله ﷺ هو المبلغ عن ربه : « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك » / المائدة : ٦٧ • وهو المبين مراد الله عز وجل فيما أنزل : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » / النحل : ٤٤ • فالسنة المطهرة تأكيد لما بين في كتاب الله من أحكام ، وتفصيل لما أجمل ، وتقييد لما أطلق ، وتخصيص لما هو عام •

ورسول الله ﷺ هو المظهر العملي لشريعة الله تعالى ، فهو المكلف الأول : « وأنا أول المسلمين » / الأنعام : ١٦٣ • وهو القدوة الصالحة : « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة » / الأحزاب : ٢١ • وهو الذي يتلقى الوحي من السماء : « وما ينطق عن الهوى • إن هو إلا وحي يوحى » / النجم : ٣ - ٤ • وهو الذي أدبه ربه فأحسن تأديبه ، وهو الذي قذف الله النور في قلبه ، وأجرى الحق على لسانه وجعل طاعته من طاعته ومعصيته معصيته : « من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظا » / النساء : ٨٠ •

لهذا كله كانت السنة المطهرة - في مجمل أحكامها وتشريعاتها - بمنزلة كتاب الله تعالى ، ما ثبت فيها ثابت بوحي من الله سبحانه وأمر منه وتكليف : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » / الحشر : ٧ / .

ولما كان الرسول عليه الصلاة والسلام بشرا يعيش على الأرض عيشة المكلفين من عباد الله ، وهو على صلة بأحوالهم وشؤونهم - والله أعلم بأحوالهم وشؤونهم - ويمارس أعمالهم ومصلحتهم ، ويتبصر بما يوقعهم في الحرج وما يخرج بهم إلى السعة واليسر ، وهو أعرف الخلق بما يبلغ عن ربه ، وأخبرهم بمقاصد الشريعة التي أفاضها الله على روحه وقلبه - « ما كنت تدري ما الكتاب ولا الإيمان ولكن جعلناه نورا نهدي به من نشاء من عبادنا وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم » / الشورى : ٥٢ / - وهو الذي أولاه الله العناية ، وعصمه من الزيغ ووفقه إلى الحق ، وسدده إلى الصواب ، لما كان رسول الله ﷺ متصفا بهذه المعاني والصفات كان يشرع للناس من أحكام الله تعالى ما فيه خيرهم ومصلحتهم ، وما فيه رعاية مصالحهم في دنياهم ، وفوزهم في آخرتهم ، كل ذلك بما يتفق وروح القرآن ومنهجه ، وما يتفرع عن أصوله وقواعده ، مما ألقاه الله سبحانه وتعالى في روعه فينبه للناس ثم أقره عليه .

وبهذا كانت السنة - وهي مصدر عظيم من مصادر التشريع ، ودليل أساسي من أدلة أحكامه - جامعة مانعة ، عامة شاملة ، لا تفوتها شاردة ولا واردة إلا وقد أعطتها حكما شرعيا ، فيها بيان لما كان وما سيكون ، وفيها تنظيم عملي رائع لشؤون الحياة مستوحى عن الله خالق الحياة ومن يحيى ، ومرتبطة بالملك والملكوت الذي لا يعزب عنه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء . فقلما تحدث حادثة ، أو تنزل نازلة إلا ونجد في السنة المطهرة الحكم الشافي والبيان الوافي لها . وهكذا كانت المرونة والاتساع في شرع الله تعالى لعباده في كتابه المنزل ، وسنة نبيه المختار ، صلوات الله وسلامه عليه .

ومن بدهي القول أن وحي الله قد انقطع ، وأحاديث رسول الله ﷺ قد توقفت بقبض رسول الله ﷺ وانتقاله إلى الرفيق الأعلى ، ورغم أن كتاب الله تعالى لم يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها ، وأن السنة كانت المينة والمفصلة والمتممة ،

فإن نصوصهما محصورة محدودة، والحوادث تتجدد وتكرر ، والمحصور لا يحيط بغير المحصور نصا ولفظا — وإن كان يحيط به معنى وتقعيدا — ولذلك اقتضت حكمة الله تعالى زيادة توسعة على الأمة ، مكّأ منه سبحانه وتفضلا ، ففتح لها بابا لاستخراج الأحكام لا يسد ، وفجر لنا ينبوعا لا ينضب ، بل لا يزال يمدنا بالأحكام الشرعية لما يتجدد من تصرفات فيها جلب مصالح العباد وخيرهم ، ودفع غوائل الشر والفساد عنهم ، وكان هذا الفضل من الله فيما أرشدت إليه نصوص القرآن ، ودلت عليه السنة المطهرة من إجماع أهل الحل والعقد ، وذوي الخبرة والفهم في دين الله ، عندما تقع واقعة أو تحدث حادثة ، يعوزهم أن يجدوا لها نصا صريحا في كتاب الله تعالى أو سنة نبيه ﷺ ، يدلهم على حكم الله تعالى فيها ، فيجتمعون يتلمسون المستند لها في شرع الله بتداول الرأي وتقليب وجهات النظر ، استرشادا بقوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » / الشورى : ٣٨ / ثم يجمع رأيهم على حكم شرعي يصبح بعد الإجماع عليه حكم الله تعالى في هذه الحادثة لا يجوز لأحد أن يخالفه ، التزاما بقوله تعالى : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين فوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا » / النساء : ١١٥ / .

والأمة لا تحتاج إلى حكم شرعي في الحادثة إلا إذا كانت ذات شأن في حياتها ، ولها صلة بأمور معاش الناس التي يريدونها مطية لمعادهم ، وعلماء الأمة المخلصون — الذين يلتزمون شرع الله ، ويريدون الصلاح للناس — لا يجمعون على حكم شرعي — سلبا أو إيجابا — إلا إذا أيقنوا أن فيه تحقيق مقاصد الشرع من جلب النفع أو دفع الضرر ، ورعاية مصالح العباد .

وهكذا نجد أن اعتبار هذه الشريعة إجماع المجتهدين من الأمة حجة في استنباط الأحكام ، ومصدرا رئيسيا من مصادر التشريع ، قد أكسب هذه الشريعة مرونة واتساعا ، يلازمانها ما قامت السموات والأرض ، وما زال على الأرض أناس يتعاملون وعلماء مجتهدون يجمعون ويجمعون ، وما زالت حوادث تتجدد ، ووقائع تتشعب ، فالإجماع يمدنا بأحكام شرعية مستمدة من شرع الله تعالى — تصلح للزمان وتناسب مع المكان — في كل تصرف وشأن ، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

على أن الأمر قد يكون فيه حرج وعسر ، لو كان لزاما على الأمة — في كل
 حادثة تجد — أو على كل قاض ومفت — تعرض له فتوى أو قضاء لا يجد لها نصا
 في كتاب الله تعالى ولا في سنة نبيه ﷺ — أن يجمع لذلك علماء الأمة ، أو يحصل
 على رأيهم فيها . ولو كان الأمر كذلك لارتبكت الأمة في شؤونها وفاتها الكثير من
 المنافع ، وربما سارت في تصرفاتها على غير هدى من كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ،
 وكان أمرها فرطاً (١) . ولذلك اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون هذه الشريعة أكثر
 واقعية عما يتصور في كل تشريع لم يكن نابعا من فيض الله الحكيم ، فأرشدت إلى
 كل ما فيه صلاح ونهت عن كل ما من شأنه الفساد ، وكان مما أرشدت إليه ودلت
 عليه : أن يلجأ المجتهد المتبصر — في فتواه وقضائه — إلى كتاب الله تعالى وسنة
 نبيه ﷺ ، فإن لم يجد ضالته ، عمد إلى ما أجمع عليه من سبقه من العلماء المجتهدين
 والأئمة المتقين ، فإن لم يجد لم يقف مكتوف الأيدي حائرا تأثما يترك الناس في
 ضياع ، بل يعمل فكره ويشحذ ذهنه ويسير أعماق النصوص والأحكام ليتعرف
 فيها على العلل والمناسبات ، فإذا تجلّى له الأمر ألحق الحادثة التي بين يديه بأقربها
 شباها ، وأكثرها مناسبة مما نص على حكمه أو انعقد عليه الإجماع : « كتاب أنزلناه
 إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولوا الألباب » / ص : ٢٩ / .

وهكذا كان القياس مصدرا رئيسيا وأصلا من أصول التشريع الإسلامي ،
 يستمد منه الفقيه أحكام الحوادث والوقائع ، استرشادا بقول الله تعالى : « فاعتبروا
 يا أولي الأبصار » / الحشر : ٢ / .

وإذا كان القياس مصدرا من مصادر التشريع ، فأجدر به من مصدر يضفي
 على هذا التشريع مرونة ما بعدها مرونة ، ويكسبه صلاحية — لمختلف أطوار
 الحياة، وتقلب الحقب والأجيال، مع بعد القارات وتناهي الديار — لا تدانيها صلاحية،
 فما أكثر الأحكام المنصوص عليها والمجمع فيها ، والتي يتمكن المجتهد أن ينظر فيها

(١) ظلما وتجاوزا للحق .

ويلحق بها ويقيس عليها ، وليس من مغالاة القول : إنه ما من حادثة قائمة أو يمكن أن تحدث إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها - ورغم ما نجده من كثرة الاختراع وتطور الحياة وتعقد المعاملات - إلا ويستطيع العلماء العاملون والفقهاء الموفقون : أن يجدوا حادثة منصوصا أو مجمعا على حكمها ، يمكنهم بأدنى جهد أن يقيسوها عليها ويلحقوها بها في الحكم ، ثم تأخذ حكما شرعيا ، وتكون من جزئيات التشريع الإسلامي بعد أن كانت خارجة عنه .

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية بمصادرها الأربع هذه - والمتفق على اعتبارها - مستغنية عما سواها ، كقيلة بسد حاجات الزمن وتطورات العصر مما يحتاجه إلى تشريع وتقنين .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل ازدادت هذه الشريعة مرونة واتساعا وتلاؤما بما اهتدى إليه الأئمة المجتهدون - بمجملهم - من المصادر التبعية ، التي كانت موضوع هذه الرسالة ، وقد رأينا مدرك كل إمام فيها ، وما أرشده إلى القول بكل منها أو عدمه . والمهم في هذه الخاتمة أن نشير إلى ما كان لاعتبار هذه الأدلة - على الإجمال - مصادر من مصادر التشريع الإسلامي من أثريين في إعطاء هذه الشريعة المرونة الكافية ، التي تجعلها أكثر صلاحية لكل زمان ومكان أكثر من ذي قبل ، إذ إنه من بدهي القول أن التشريع - أي تشريع - كلما كثرت مصادره وتعددت وتنوعت كلما كان أكثر مرونة واتساعا ، وبالتالي أكثر صلاحية للأجيال وبقاءا . لا سيما وأن هذا التعدد والتنوع إنما كان حفاظا على المقاصد الأساسية التي بنى التشريع أحكامه على صيانتها ، والإبقاء عليها سلبا وإيجابا ، لأن في هذه المقاصد صلاح المعاش والمعاد .

ولسنا بحاجة إلى إعادة تفصيل القول في هذه الأدلة ، للبرهان على ما أثمرته من مرونة واتساع ، فقد رأينا كيف أن القول بالاستحسان عدل من غلو القياس - على رأي القائلين به - وأمد التشريع الإسلامي بكثير من الأحكام الشرعية التي ربما وقف ظاهر القياس عائقا دونها ، وأوقع الناس في حرج وضيق ، فكان الاستحسان ذاك المخرج الحسن والمتسع المشروع .

وكذلك فعل الاستصلاح ، حيث أغنى الفقه الإسلامي بكثير من الأحكام الشرعية ، لعديد من الحوادث التي فيها جلب منفعة أو دفع مفسدة ، لم يشهد لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء ، وإنما شهد لها ما فيها من الحكمة المترتبة عليها سلبا أو إيجابا .

وأما القول بمذهب الصحابي — على ما عرف بيانه — فغني عن البيان ماله من أثر في مرونة التشريع ، واتساع في الأحكام الشرعية ، فالصحابة ذوو الاجتهاد والعلم — والذين يحتج بقولهم من يحتج — قد كثرت فتاواهم وتنوعت قضاياهم ، وهم الذين فتحوا الآفاق واتشروا فيها ، وحدثت أيامهم الحوادث وتنازلت الوقائع مما ليس فيه نص — وخاصة أنهم فتحوا بلدانا لها وقائعها وحوادثها مما يختلف عما ألقوه — فتعددت اجتهاداتهم وتنوعت مداركهم ، واختلفت قضاياهم حسبما فهموا من كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ ، وأصول الشريعة ومنهجها في تشريع الأحكام ، وهم الذين تربوا في مدرسة الوحي والنبوة ، وتخرجوا من دوحة القرآن والسنة ، وهكذا فقد أغنت اجتهاداتهم وفتاواهم وقضاياهم التقنين الإسلامي ، بحيث قلما نجد حادثة إلا ولأحدهم اجتهاد فيها أو في مثلها .

وأما العرف والقول به فناهيك به من مصدر خصب فياض ، يكسب التشريع تلاءما مع كل بيئة وزمن ، ولا يترك التشريع جامدا غريبا — في كثير من أحكامه — عما يألفه الناس ويتعارفونه ، بل يجعلهم على صلة دائمة بمصادره الأصلية وينابيعه الأساسية ، مع المحافظة على رعاية مصالح الناس ورفع الحرج عن تصرفاتهم ، إذ إن الناس لا يتعارفون إلا ما هم في حاجة ماسة إليه ، وما هو أساسي في حياتهم .

وقل مثل هذا في الاستصحاب ، فالأصل في الناس براءة ذمتهم ، والأصل في الأشياء الإباحة ، فيبقى الناس في سعة وبجوحة ، ما دام لم يقم دليل على التزام الفعل أو تركه ، فإذا قام الدليل على الفعل أو الترك كانت السعة والبجوحة فيما قام عليه دليل الشرع . وفي هذا أيضا مرونة واتساع ملحوظان في التشريع .

ونستطيع أن نقول مثل هذا أو قريبا منه في كل دليل من بقية الأدلة التي فصلناها في هذه الرسالة ، وقد رأينا شيئا من هذا عند بحث كل دليل وبيان أثره .
 والمهم أننا نرى في هذا التنوع والتعدد لمصادر التشريع مرونة واتساعا وتلاؤما ،
 حيث إن المجتهد الفقيه — مفتيا كان أو قاضيا أو حاكما — يسعه فيما إذا عرضت له
 قضية — كما يسع الأمة إذا حدثت حادثة — أن يستنبط الحكم الشرعي لها بناء على
 هذا الدليل أو ذاك ، طالما أنه دليل معتبر لدى إمام من الأئمة له — على اعتباره —
 حجة واستدلالة ، بغض النظر عن مخالفة غيره له أو موافقته فيه ، نظرا منه إلى
 ما يتلاءم مع ظروف الأمة وحاجات الزمن ، وما يتطلبه جلب النفع للناس أو دفع
 المفسدة عنهم ، رعاية لمصالحهم وتحقيقا لمقاصد الشارع فيهم .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى نجد أن هذا التعدد للأدلة وهذا التنوع
 للمصادر تتج عنه كثرة كاثرة من الفروع الفقهية والمسائل الاجتهادية ، التي كان
 لها حكم شرعي بناء على اعتبار هذا الدليل أو ذاك ، وبرأي هذا الإمام أو غيره ،
 وهذا بلا شك مرونة واتساع من شأنه أن يجعل التشريع متلائما مع حاجات الزمن
 واختلاف الأحوال ، ولا غضاضة أن هذا القول متفق عليه أو مختلف فيه ، فإن
 التشريع إنما ينظر إليه بمجموع ما فيه من نظريات وآراء وأحكام ، وقواعد وأسس ،
 سواء ما كان منها محل وفاق أم محل اختلاف ، ولا ينظر إلى التشريع برأي إمام
 أو اجتهاد فقيه ، فمهما كان الحكم مختلفا فيه لا يخرج عن كونه حكما شرعيا من
 أحكام التشريع من حيث الجملة ، يسع الأمة — بعلمائها الأتقياء العارفين — أن
 تختار هذا القول أو ذاك حسبما يتلاءم مع الزمن وما يرجحه لديها من قرائن وأحوال ،
 ولا حرج في ذلك ولا خروج عن طوق الشرع وحكمه ، إذ لم يقل أحد من الأئمة
 المجتهدين ، ولا من العلماء ذوي الفقه والفهم في الدين : إن الأمة بأجمعها ملزمة
 بمذهب إمام أو قول عالم أو رأي فقيه ، بل إن الأئمة أنفسهم رفضوا مثل هذا ولم
 يرضوه لأنفسهم ، فضلا عن أن يقولوا به . فهذا الإمام مالك رحمه الله تعالى يأتيه
 أبو جعفر المنصور يقول له : قد عزمت أن أمر بكتبتك هذه التي وضعتها فتنسخ ،

ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة ، وأمرهم بأن يعملوا بما فيها ولا يتعدوه إلى غيره . فقال : يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا ، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورددوا روايات ، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم وأتوا به من اختلاف الناس ، فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم . وحكيت نسبة هذه القصة إلى هارون الرشيد ، وأنه شاور مالكا في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه ، فقال : لا تفعل ، فإن أصحاب رسول الله ﷺ اختلفوا في الفروع ، وتفرقوا في البلدان ، وكل سنة مضت ، قال : وفقك الله يا أبا عبد الله (١) .

وحسبك هذا الكلام من إمام دار الهجرة شاهدا على ما قلناه ، وعلى مرونة هذا التشريع الذي فهمه أمثال مالك رحمه الله تعالى من الأئمة الأبرار والعلماء الأعلام .

وبعد ، فإن هذه المرونة وهذا الاتساع وهذه الصلاحية وهذا التلاؤم الذي امتازت به الشريعة الإسلامية لا يعني - في حال من الأحوال - أنها قابلة للتغيير والتبديل ، والتعديل والتطوير - كما يفهمه بعض من يدعي الإنصاف في نفسه لهذه الشريعة والحجب عليها - بحيث تخرج عن أصالتها ولا يبقى لها من الصلة بمصدرها الأساسي وهو كتاب الله المنزل إلا اسمها ورسمها ، فتغير نصوصها وتبدل ، وتفسر وتؤول بما يتلاءم مع تطور الزمن وما تعارف الناس فيه من مفاسد ، وما ألفوه من منكر ، وما اعتادوه من تصرفات هي مروق من الدين وخروج عنه ، فلا يمكن أن يقرأ بها بحال .

كذلك لا تعني هذه المرونة أن تلفق الاستدلالات والتفسيرات والتبريرات لكل مادخل على الناس في تشريعاتهم وتقنيناتهم من باطل جاء الإسلام بإنكاره أصلا وفرعا ، وما تمكن فيهم من جاهليات يتنزه شرع الله أن يسعها بأحكامه تقريرا واعتبارا بل ينبه إليها نقيا وإنكارا .

(١) الإنصاف في بيان سبب الاختلاف : ١٢ .

إن الصلاحية التي تتصف بها الشريعة الإسلامية هي صلاحية بالأصالة، ومرونتها مرونة ذاتية جوهرية، لأنها شريعة الله المحكمة ووحية المنزل الذي تكفل - كما ذكرنا - بحفظه ورعايته ، ولأن هذا التعدد والتنوع في الأدلة إنما كان - أيضا - ليحفظ هذه الشريعة بنقاوتها وصفائها ، ويدفع عنها كل ما يشوب هذا الصفاء أو يشوه تلك النقاوة ، ولذا كانت هذه المرونة - على اتساعها - منضبطة بضوابط وقواعد ، بحيث تبقى على أصالة هذه الشريعة وذاتيتها وجوهرها ، وحتى لا ينطلق العنان بكل باحث ومجتهد أن يشرع في دين الله مالم يأذن به الله تعالى .

ولهذا نجد أن لكل دليل من أدلة التشريع وكل مصدر من مصادر أحكامه قواعده وضوابطه ، على أساسها تستنبط الأحكام ، وبراعاتها تستخرج المسائل والفروع ، وتفهم المقاصد والغايات ، وفي ضوئها تجلب المصالح والمنافع ، وتدرأ المضار والمفاسد .

فنصوص الكتاب والسنة لها أصالتها وحصاتها ، فلا مساغ للاجتهاد عند مورد النص ، وما ثبت من حكم شرعي بنص صحيح وصريح فهو حكم ثابت وشرع محكم لا يتغير ولا يتبدل ، ولا يجوز لأحد أن يخالفه مهما تغير الزمن وتبدلت الأحوال وادعي من المصلحة بمخالفته ما ادعي ، لأن المصلحة ثابتة فيما شرع الله لعباده أو سنه رسول الله ﷺ لأُمته ، والمفسدة في مخالفة أمرهما .

وما لم ينص عليه صريحا في كتاب أو سنة فهناك قواعد وضوابط - مستوحاة من الكتاب والسنة أنفسهما - على أساسها تفهم النصوص وتستخرج الأحكام .

ثم الاجتهاد - جماعيا كان أو فرديا - لا يكون أبدا إلا إذا فقد النص الصريح ، وله أيضا قواعده وضوابطه : فلا بد في الإجماع من مستند شرعي يعتمد عليه ، مع ما اشترطه العلماء من شروط وقيود استوحوها من الكتاب والسنة ، ليصبح الإجماع حجة ويكون حكمه ملزما .

وللقياس - أيضا - أركانه وشروطه ، وضوابطه وقيوده ، وأسس وقواعده حتى يكون معتبرا ومدركا من مدارك الأحكام .

وكذلك رأينا - عند بحث أبواب هذه الرسالة - كيف أن كل دليل من الأدلة التي بحثت كان له شروط وقيود حتى يكون حجة معتبرة لدى من يقول به ، فلا يخرج عن جوهر الشريعة وأصالتها ، فلا عبرة بكل ما يصادم نصا تشريعيا أو أصلا متفقاً عليه من أصول الشريعة ، سواء كان المصادم مصلحة أم استحسانا أم عرفاً أم غير ذلك ، وسواء كان ظاهره جلب منفعة أم دفع مفسدة ، لأن المصلحة فيه عندئذ تكون وهمية طالما أنه يصادم نصا شرعيا ثابتاً ، أو أصلا من أصول التشريع .

وحسبنا دليلاً على هذا أن القائلين بسد الذرائع إنما حملهم على القول به خوفهم من التلاعب على أحكام الشريعة ، أو الوصول إلى العبث فيها ، باتخاذ ما هو حلال من حيث الظاهر والأصل وسيلة إلى ما هو ممنوع ومحرم ، فقالوا بسد الذرائع احتياطاً في شرع الله ، مع أن الأمر لا يعدو - في الغالب - قيام شبهة في القصد ، فما بالك إذا كان القصد صريحاً ، والتخريم لما أحل والتحليل لما حرم مقصوداً وجريئاً ؟ .. ويدعى أنه المصلحة وحاجة الزمن ؟ .. فلا شك أنه مرفوض ومردود ، والقول به فسوق ومروق ، يخرج به مستحله عن الإسلام ، ويخلع عنه ربة الإيمان ، خاصة إذا كان معلوماً من الدين بالضرورة ، كالقول بحل الربا ، أو استباحة الخمر ، أو خروج النساء كاسيات عاريات مائلات بميلات بحجة أن العرف قد جرى بهذا ، أو أن المصلحة تقتضي ذلك ، فالحق أنه لا مصلحة في مخالفة شرع الله ، وإنما هي المفسدة والأهواء والضلال ، تسيطر على النفوس المريضة كما سيطرت على أتباع الشرائع السابقة ، فضلوها وأضلوا ، وأضاعوا شرع الله تعالى ودينه المنزل عليهم ، واشتروا بآيات الله ثمناً قليلاً ، فلعنهم الله على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون : « كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون » (١) .

(١) انظر الآيات : ٧٧ - ٨١ من سورة المائدة .

أما وأن هذه الشريعة خاتمة الشرائع فقد اقتضت حكمة الله تعالى أن يحفظها
ويصونها ، فقيض لها — في كل حين وزمن — علماء مخلصين ومجتهدين عاملين وطائفة
بالحق ظاهرين ، أنار قلوبهم لفهم دقائق هذه الشريعة وأسرارها ، فهم يحصون
ويدققون ، ويقعدون القواعد ويؤصلون الأصول ، ويدفعون عن شرع الله تعالى
ويكافحون ، لتبقى شريعته صافية نقية ، مصونة كما أرادها : « وإنه لكتاب عزيز •
لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » / فصلت : ٤١ ، ٤٢ / •
هذه هي الحقيقة الخالدة أبد الآبدين ودهر الداهرين ، نسأل الله التوفيق والسداد ،
والحمد لله رب العالمين •



المراجع

القرآن الكريم

التفسير :

- ١ - التفسير الكبير (الرازي) - الطبعة الأولى - التزام عبد الرحمن محمد
- ٢ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي - مطبعة دار الكتب المصرية ١٣٥٧ هـ .
- ٣ - جامع البيان (الطبري) - دار المعارف - تحقيق محمود وأحمد شاكر .

الحديث :

- ٥ - الجامع الصحيح (صحيح البخاري)- طبعة كتاب الشعب .
- ٦ - الجامع الصحيح - للترمذي (١) - نشر المكتبة السلفية في المدينة .
- ٧ - الجامع الصحيح - لمسلم - عيسى البابي الحلبي - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
- ٨ - الجامع الصغير - للسيوطي مع فيض القدير - المكتبة التجارية - ١٣٥٦ هـ .
- الجامع الصغير- للسيوطي بهامشه كنوز الحقائق - تحقيق عبد الحميد أحمد حنفي .
- ٩ - الجامع الكبير - للسيوطي - طبع مجمع البحوث الإسلامية - الطبعة الأولى
- ١٠ - سبل السلام - للصنعاني - المكتبة التجارية - ١٣٥٧ هـ .
- ١١ - سنن أبي داود (٢) - مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الأولى

(١) اعتمدت في تخريج بعض الأحاديث ، وخاصة في الأبواب الأولى على طبعة مصطفى البابي الحلبي بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) في الأبواب الأولى ربما رجعت إلى طبعة المكتبة التجارية بتحقيق محي الدين عبد الحميد .

- ١٢ - سنن ابن ماجه
 ١٣ - سنن البيهقي
 ١٤ - سنن الدارقطني
 ١٥ - سنن النسائي
 ١٦ - الزرقاني على الموطأ
 ١٧ - الفتح الرباني
 ١٨ - المستدرك - للحاكم
 ١٩ - مسند الإمام احمد
 ٢٠ - موطأ الإمام مالك
 ٢١ - موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان - المطبعة السلفية - تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة .
 ٢٢ - نصب الراية - للزيلعي
 ٢٣ - نيل الاوطار - للشوكاني
 - عيسى البابي الحلبي - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
 - السنن الكبرى - طبعة حيدر آباد .
 - سلسلة مطبوعات كتب السنة النبوية - تصحيح عبد الله هاشم يماني - ١٣٨٦ هـ .
 - المكتبة التجارية - وربما رجعت إلى طبعة مصطفى البابي الحلبي - طبعة أولى - ١٩٦٤ م .
 - مصطفى البابي الحلبي - ١٣٨١ هـ .
 - ترتيب مسند الإمام أحمد حسب الأبواب - للبناء .
 - طبعة حيدر آباد - الهند .
 - دار المعارف - تحقيق أحمد شاكر .
 - طبعة عيسى البابي الحلبي - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
 - المطبعة السلفية - تحقيق محمد عبد الرزاق حمزة .
 - سلسلة مطبوعات المجلس العلمي - الطبعة الأولى - ١٣٥٧ هـ .
 - مصطفى البابي الحلبي - طبعة ثالثة - ١٩٦١ م .

أصول الفقه :

- ٢٤ - اثر الاختلاف في القواعد الأصولية - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون الدكتور مصطفى سعيد الخن .
 ٢٥ - الإحكام في أصول الأحكام (١) للآمدني - طبع مصطفى البابي الحلبي ٤ أجزاء .
 ٢٦ - أصول البزدوي - على هامش كشف الأسرار
 ٢٧ - أصول التشريع الإسلامي
 ٢٨ - أصول الفقه
 ٢٩ - الاعتصام للشاطبي
 - طبع الأستانة سنة ١٣٠٧ هـ .
 - علي حسب الله - طبعة ثالثة .
 - محمد أبو النور زهير .
 - المكتبة التجارية .

(١) رجعت في بعض المواطن إلى نسخة طبع مطبعة المعارف سنة ٣٣٢ هـ .

- ٣٠ - إعلام الموقعين - لابن قيم الجوزية - تحقيق محي الدين عبد الحميد .
- ٣١ - الإنصاف في بيان سبب الاختلاف - احمد بن عبد الرحيم الفاروقي - نشر قصي محب الدين الخطيب .
- ٣٢ - الايات البينات - حاشية ابن قاسم العبادي على شرح المحلي لجمع الجوامع
- ٣٣ - البحر المحيط - للزركشي
- ٣٤ - البرهان - للجويني
- ٣٥ - تأسيس النظر للدبوسي
- ٣٦ - تخريج الفروع على الاصول - للزنجاني
- ٣٧ - حاشية البناني على المحلي على جمع الجوامع مع تقارير عبد الرحمن الشربيني
- ٣٨ - حاشية السعد التفتازاني - على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب
- ٣٩ - حاشية المطار على المحلي على جمع الجوامع
- ٤٠ - حواشي المنار (الرهاوي ، عزمي زاده ، الجلي)
- ٤١ - الرسالة للشافعي
- ٤٢ - روضة الناظر لابن قدامة المقدسي
- ٤٣ - سد الذرائع
- ٤٤ - شرح تنقيح الفصول - القرافي
- ٤٥ - شرح العضد على مختصر ابن الحاجب - مع حاشية السعد
- ٤٦ - شرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية البناني ، ومع حاشية العبادي
- المطبعة الاميرية ببولاق ١٢٨٩ هـ .
- مخطوط في مكتبة الجامع الأزهر تحت رقم (٢٠) اصول فقه .
- مخطوط في مكتبة الجامع الأزهر تحت رقم (٩١٣) اصول فقه .
- نشر زكريا علي يوسف .
- تحقيق الدكتور اديب صالح - طبعة اولى .
- طبعة عيسى البابي الحلبي .
- المطبعة الاميرية سنة ١٣١٦ هـ .
- المطبعة العلمية سنة ١٣١٦ هـ .
- مطبعة عثمانية سنة ١٣١٥ هـ .
- تحقيق أحمد شاکر - ١٣٥٨ هـ .
- المطبعة السلفية - ١٣٩١ هـ .
- رسالة ماجستير من دار العلوم - محمد هشام سعيد البرهاني .
- المطبعة الخيرية - ١٣٠٦ هـ .
- المطبعة الاميرية سنة ١٣١٦ هـ .

- ٤٧ - شرح المنار لابن ملك - مع حواشي المنار

٤٨ - صحة أصول مذهب أهل المدينة لابن تيمية

٤٩ - ضوابط المصلحة

٥٠ - العرف والعادة

٥١ - فتح القفار بشرح المنار - لابن نجيم

٥٢ - قواعد الأحكام - عز الدين بن عبد السلام

٥٣ - كشف الأسرار - عبد العزيز البخاري ، بهامشه اصول البيروني

٥٤ - المحصول - فخر الدين الرازي

٥٥ - مختصر ابن الحاجب - ضمن شرح العضد - مع حاشية العضد

٥٦ - المدخل الفقهي العام

٥٧ - المستصفى

٥٨ - مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه

٥٩ - مناهج العقول - للبدخشي على منهاج البيضاوي

٦٠ - الموافقات للشاطبي

٦١ - نشر العرف

٦٢ - نهاية السؤل - الأسنوي على منهاج البيضاوي - مع البدخشي

٦٣ - غانة المنتهى

٦٤ - الفقه الحنبلي :

٦٥ - طبع المكتب الإسلامي في دمشق .

٦٦ - نشر زكريا علي يوسف .

٦٧ - الدكتور سعيد رمضان البوطي - المكتبة الأموية في دمشق .

٦٨ - الدكتور أحمد فهمي أبو سنه - مطبعة الأزهر .

٦٩ - مصطفى البابي الحلبي - ١٣٥٥ هـ .

٧٠ - قواعد الأحكام - عز الدين بن عبد السلام

٧١ - كشف الأسرار - عبد العزيز البخاري ، بهامشه اصول البيروني

٧٢ - المحصول - فخر الدين الرازي

٧٣ - مختصر ابن الحاجب - ضمن شرح العضد - مع حاشية العضد

٧٤ - المدخل الفقهي العام

٧٥ - المستصفى

٧٦ - مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه

٧٧ - مناهج العقول - للبدخشي على منهاج البيضاوي

٧٨ - الموافقات للشاطبي

٧٩ - نشر العرف

٨٠ - نهاية السؤل - الأسنوي على منهاج البيضاوي - مع البدخشي

٨١ - غانة المنتهى

٨٢ - الفقه الحنبلي :

٨٣ - طبع المكتب الإسلامي في دمشق .

٨٤ - نشر زكريا علي يوسف .

٨٥ - الدكتور سعيد رمضان البوطي - المكتبة الأموية في دمشق .

٨٦ - الدكتور أحمد فهمي أبو سنه - مطبعة الأزهر .

٨٧ - مصطفى البابي الحلبي - ١٣٥٥ هـ .

٨٨ - قواعد الأحكام - عز الدين بن عبد السلام

٨٩ - كشف الأسرار - عبد العزيز البخاري ، بهامشه اصول البيروني

٩٠ - المحصول - فخر الدين الرازي

٩١ - مختصر ابن الحاجب - ضمن شرح العضد - مع حاشية العضد

٩٢ - المدخل الفقهي العام

٩٣ - المستصفى

٩٤ - مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه

٩٥ - مناهج العقول - للبدخشي على منهاج البيضاوي

٩٦ - الموافقات للشاطبي

٩٧ - نشر العرف

٩٨ - نهاية السؤل - الأسنوي على منهاج البيضاوي - مع البدخشي

٩٩ - غانة المنتهى

١٠٠ - الفقه الحنبلي :

١٠١ - طبع المكتب الإسلامي في دمشق .

- ٦٤ - المفني لابن قدامة
- نشر المكتبة الأزهرية - تحقيق طه محمد الزيني .

الفقه الحنفي :

- ٦٥ - بدائع الصنائع للكاساني
- طبع زكريا علي يوسف .
٦٦ - تحفة الفقهاء - للسمرقندي
- تحقيق زكي عبد البر - طبعة أولى .
٦٧ - رد المحتار (حاشية ابن عابدين)
مع الدر المختار
- مصطفى البابي الحلبي .
٦٨ - المبسوط للسرخسي
- مطبعة السعادة سنة ١٣٢٤ هـ .
٦٩ - الهداية وشروحها (العناية على الهداية ، سعدي جلي على العناية)
وأصلها البداية
- المطبعة الأميرية ببولاق - ١٣١٥ هـ .

الفقه الشافعي :

- ٧٠ - الأم للشافعي
- طبعة كتاب الشعب .
٧١ - حاشية الشرقاوي مع شرح تحرير تنقيح الباب
- زكريا الأنصاري - نسخة في مجلدين .
٧٢ - المجموع للإمام النووي
- نشر زكريا علي يوسف .
٧٣ - المنهاج للنووي مع مغني المحتاج للخطيب الشربيني
- طبع مصطفى البابي الحلبي - ١٣٧٧ هـ .

الفقه المالكي :

- ٧٤ - بداية المجتهد ابن رشد الأندلسي
٧٥ - تبصرة الحكام - لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك
- مصطفى البابي الحلبي - ١٣٧٨ هـ .
٧٦ - ترتيب المدارك لمعرفة أعيان مذهب الإمام مالك - القاضي عياض
- مخطوط - مكتبة جامع الأزهر - تحت رقم (٤٧٧٣) تاريخ .
٧٧ - الشرح الكبير للدردير ، مع حاشية الدسوقي لابن عرفة العدوي ، مع تقريرات الشيخ محمد عlish
- طبع عيسى البابي الحلبي ، ومثلها طبعة محمد علي صبيح ، وأولاده - ١٩٣٤ م .
٧٨ - فتح العلي المالك المشهور بفتاوى الشيخ عlish ، وبهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون
- مصطفى البابي الحلبي - ١٣٧٨ هـ .

التراجم العلمية :

- ٧٩ - ابن حنبل
- ٨٠ - أبو حنيفة
- ٨١ - أبو عبد الله البخاري وصحيحه
- ٨٢ - الشافعي
- ٨٣ - مالك
- الشيخ محمد أبو زهرة .
- الشيخ محمد أبو زهرة .
- الشيخ عبد الغني عبد الخالق - سنة ١٣٧٦ هـ .
- الشيخ محمد أبو زهرة .
- الشيخ محمد أبو زهرة .

المراجع اللغوية :

- ٨٤ - لسان العرب
- ٨٥ - القاموس المحيط
- ٨٦ - المصباح المنير

فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

٣	المقدمة
١١	خطة البحث
١٥	تمهيد
١٩	التعريف بالكتاب
٢١	التعريف بالسنة
٢٢	التعريف بالإجماع
٢٣	التعريف بالقياس
٢٥	الباب الأول : الاستصلاح واثره
٢٧	الفصل الأول : الاستصلاح
٢٨	المصالح
٢٨	معنى المصلحة
٢٩	اقسام المصالح
٢٩	اقسام المصالح من حيث مراتبها
٣٢	اقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها
٣٥	حقيقة المصالح المرسله وما يدخل فيها
٣٦	مجال النظر إلى المصالح في الاحكام
٤٠	مجال العمل بالمصلحة المرسله
٤١	الاستصلاح
٤١	موقف المذاهب من الاستصلاح
٤٤	عمل الأئمة الثلاثة بالاستصلاح ووجوده في فقههم
٤٥	الاستصلاح لدى الحنفية
٤٧	امثلة من فقه الحنفية على الاستصلاح

٤٩	الاستصلاح لدى الشافعية
٥٠	أمثلة تطبيقية لدى الشافعية
٥٢	الاستصلاح لدى الحنابلة
٥٤	أدلة القائلين بالاستصلاح
٥٦	ما احتج به النافون للاستصلاح
٥٨	شروط العمل بالمصلحة المرسله
٦١	الفصل الثاني : أثر الاستصلاح في اختلاف الفقهاء
٦٢	المسألة الأولى : ضمان البيع قبل القبض
٦٧	المسألة الثانية : رد المعيب من المبيعات
٧١	المسألة الثالثة : تضمين الصانع
٧٥	المسألة الرابعة : ضمان الرهن في يد المرتهن
٨٠	المسألة الخامسة : اشتراك العصبه وذوي السهام في الشفعة
٨٣	المسألة السادسة : تعليق طلاق الأجنبية على الزواج منها
٨٧	المسألة السابعة : تطليق القاضي على المولي
٨٩	المسألة الثامنة : قتل الجماعة بالواحد
٩٣	المسألة التاسعة : قطع الأيدي باليد الواحدة
٩٦	المسألة العاشرة : مشاركة من لا قصاص عليه في القتل
١٠٣	المسألة الحادية عشرة : تفريب الزاني البكر
١٠٧	المسألة الثانية عشرة : الفرع على السارق
١١٠	المسألة الثالثة عشرة : شهادة الصبيان في الجراح
١١٣	المسألة الرابعة عشرة : تحليف المدعى عليه
١١٦	المسألة الخامسة عشرة : حبس المدين إذا ادعى الفلاس
١١٩	الباب الثاني : الاستحسان وأثره
١٢١	الفصل الأول : الاستحسان
١٢٢	تعريف الاستحسان
١٢٣	تحرير محل النزاع في معنى الاستحسان

١٣٠	مذاهب العلماء في حجية الاستحسان
١٣٣	أدلة القائلين بالاستحسان
١٣٥	أدلة الشافعي في إبطال الاستحسان
١٤٠	أنواع الاستحسان
١٤٠	الاستحسان بالآثر
١٤٢	استحسان الإجماع
١٤٣	استحسان العرف أو العادة
١٤٥	استحسان الضرورة
١٤٨	الاستحسان بالقياس

الفصل الثاني : اثر الاستحسان في المسائل الفقهية

١٥١	المسألة الأولى : محاذاة الرجل المرأة في الصلاة
١٥٢	المسألة الثانية : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة
١٥٤	المسألة الثالثة : شرط الخيار لغير المتعاقدين
١٥٥	المسألة الرابعة : اشتراط نقد الثمن في مدة معلومة
١٥٧	المسألة الخامسة : قبض الهبة بغير إذن الواهب
١٥٩	المسألة السادسة : ضمان الرهن بعد البراءة من الدين
١٦١	المسألة السابعة : شركة المفاوضة
١٦٣	المسألة الثامنة : إقرار الوكيل بالخصومة
١٦٦	المسألة التاسعة : الإقرار بمبهم ومفسر
١٦٩	المسألة العاشرة : اختلف شهود الزنا في مكان الفعل
١٧٢	المسألة الحادية عشرة : الاشتراك في السرقة
١٧٤	المسألة الثانية عشرة : حكم قاطع الطريق في مصر
١٧٦	المسألة الثالثة عشرة : حدوث العيب في الأضحية
١٧٨	المسألة الرابعة عشرة : نذر التصدق بماله

الباب الثالث : الاستصحاب واثره

١٨٣	الفصل الأول : الاستصحاب
١٨٥	تعريف الاستصحاب
١٨٦	

١٨٧	انواع الاستصحاب
١٨٨	تحرير محل النزاع
١٨٨	حجية الاستصحاب
١٩٠	استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع
١٩١	أدلة القائلين بالاستصحاب
١٩٤	حجة القائلين إنه حجة دافعة
١٩٥	حجة النافين مطلقا
١٩٦	عمدة القائلين باستصحاب حكم الإجماع

الفصل الثاني : اثر الاستصحاب

٢٠٠	المسألة الأولى : الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين
٢٠٤	المسألة الثانية : حكم التيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة
٢٠٧	المسألة الثالثة : الجمع بين الظهر والعصر في عرفة بأذان وإقامتين
٢٠٩	المسألة الرابعة : قدر المتمتع على الهدي بعد الشروع بالصوم
٢١١	المسألة الخامسة : الهدي على المحصر بعدو
٢١٢	المسألة السادسة : الشفعة للجار والشريك المقاسم
٢١٦	المسألة السابعة : الصلح على الإنكار
٢١٨	المسألة الثامنة : حكم الطلاق الواقع بالإبلاء
٢٢٠	المسألة التاسعة : إرث المفقود
٢٢٤	المسألة العاشرة : ادعاء أنه على دين قريبه المتوفى عند موته
٢٢٧	المسألة الحادية عشرة : وجوب الدية في الشعور
٢٢٩	المسألة الثانية عشرة : ادعاء عينا في يدي ثالث وإقام كل منهما بينه
٢٣١	المسألة الثالثة عشرة : القضاء بالنكول
٢٣٤	المسألة الرابعة عشرة : حكم ما صاده الكلب المعلم إذا أكل من الصيد

الباب الرابع : العرف واثره

الفصل الأول : العرف

٢٤٢	تعريفه
٢٤٣	تحرير المراد بالعرف لدى بحث الأصوليين

٢٤٦	اقسام العرف
٢٤٩	الاحتجاج بالعرف
٢٥٢	امثلة تطبيقية لدى المذاهب
٢٥٢	في الفقه الحنفي
٢٥٦	في الفقه المالكي
٢٥٧	في الفقه الشافعي
٢٦٠	في الفقه الحنبلي
٢٦٣	وجوه الاختلاف
٢٧٣	دليل اعتبار العرف
٢٨٠	شرائط اعتبار العرف
٢٨٣	الفصل الثاني : اثر العرف
٢٨٤	المسألة الاولى : بيع المعاطاة
٢٨٧	المسألة الثانية : البيع على البرنامج
٢٩١	المسألة الثالثة : بيع الثمار بعد ظهور بعضها
٢٩٧	المسألة الرابعة : بيع الثمار بعد الصلاح بشرط التبقية
٣٠٠	المسألة الخامسة : بيع الثمار مطلقا قبل بدو الصلاح
٣٠٢	المسألة السادسة : بيع الثمار مطلقا وقد جرى العرف بالترك
٣٠٣	المسألة السابعة : المعيار في اموال الربا
٣٠٧	المسألة الثامنة : عقد الاستصناع
٣١٢	المسألة التاسعة : استحقاق الصناع الاجر
٣١٤	المسألة العاشرة : حكم نماء الرهن وزوائده
٣١٧	المسألة الحادية عشرة : رهن الثمرة دون الاصل
٣١٩	المسألة الثانية عشرة : الحرز في السرقة
٣١٩	١ - الدار المشتركة
٣٢١	٢ - سرقة الزوجين
٣٢٣	٣ - الامتعة بالاسواق
٣٢٥	٤ - قطع النباش
٣٢٧	المسألة الثالثة عشرة : ما يحنث به في الايمان

- ٣٢٧ ١ - ما يحنث به في الحلف على البيت
 ٣٣٠ ب - ما يحنث به في الحلف على اللحم
 ٣٣٢ المسألة الرابعة عشرة : ما يجزىء كسوة في كفارة اليمين
 ٣٣٥ **الباب الخامس : مذهب الصحابي واثره**
 ٣٣٧ **الفصل الأول : مذهب الصحابي**
 ٣٣٨ المراد بمذهب الصحابي وتحرير محل الخلاف
 ٣٤٠ مذاهب العلماء في حجته
 ٣٤٢ أدلة القائلين بالتقليد مطلقا
 ٣٤٥ حجة القائلين به إذا خالف القياس
 ٣٤٥ حجة القائلين به فيما لا يدرك بالرأي
 ٣٤٦ حجة القائلين بالنفي
 ٣٤٧ تحقيق مذهب الشافعي في قول الصحابي
 ٣٥١ حال الصحابي الذي يحتج بقوله
 ٣٥٣ **الفصل الثاني : اثر القول بمذهب الصحابي**
 ٣٥٤ المسألة الأولى : حكم سجود التلاوة
 ٣٥٦ المسألة الثانية صلاة الجمعة لمن صلى العيد
 ٣٦١ المسألة الثالثة : الزكاة في مال الصبي والمجنون
 ٣٦٥ المسألة الرابعة : زكاة الحلي
 ٣٦٦ المسألة الخامسة : متى يقطع المعتمر التلبية
 ٣٧٠ المسألة السادسة : افتراق الزوجين في حج القضاء المفسد بالجماع
 ٣٧٣ المسألة السابعة : جزاء الصيد
 ٣٧٦ المسألة الثامنة : جزاء صغار الصيد
 ٣٨٠ المسألة التاسعة : جزاء صيد الحمام
 ٣٨٣ المسألة العاشرة : شراء ما باعه بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن
 ٣٨٧ المسألة الحادية عشرة : وجوب المهر كاملا بالخلو وإرخاء الستور
 ٣٩١ المسألة الثانية عشرة : حكم النكاح في العدة

- ٣٩٥ المسألة الثالثة عشرة : خيار العيب في النكاح
- ٣٩٩ المسألة الرابعة عشرة : الحكم بالتفريق لزوجة المفقود
- ٤٠٦ المسألة الخامسة عشرة : إرث المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت
- ٤١٠ المسألة السادسة عشرة : الضمان في الجناية على البهيمة
- ٤١٤ المسألة السابعة عشرة : القطع على الخادم
- ٤١٥ المسألة الثامنة عشرة : نكاي العدو في ماله
- ٤١٩ المسألة التاسعة عشرة : القدر الواجب في الجزية
- ٤٢٣ الباب السادس : إجماع أهل المدينة وأثره**
- ٤٢٥ الفصل الأول : إجماع أهل المدينة**
- ٤٢٦ المراد بإجماع أهل المدينة وتحرير محل النزاع
- ٤٢٩ آراء العلماء في حجية إجماع أهل المدينة
- ٤٢٩ حجة مالك ومن تبعه
- ٤٣٢ حجة الجمهور غير المالكية
- ٤٣٣ تحقيق ابن تيمية لمسألة إجماع أهل المدينة
- ٤٣٥ مناقشة رأي ابن تيمية
- ٤٣٦ رأي الإمام الشافعي
- ٤٤١ الفصل الثاني : أثر الاحتجاج بإجماع أهل المدينة**
- ٤٤٣ المسألة الأولى : طهارة المستحاضة
- ٤٤٥ المسألة الثانية : وطء المستحاضة
- ٤٤٧ المسألة الثالثة : تثنية الأذان وإفراد الإقامة
- ٤٤٩ المسألة الرابعة : القراءة خلف الإمام
- ٤٥٣ المسألة الخامسة : تكبيرات الزوائد في صلاة العيدين
- ٤٥٥ المسألة السادسة : أقل ما يجزئ في الوتر
- ٤٥٧ المسألة السابعة : قضاء فائتة السفر
- ٤٥٩ المسألة الثامنة : القراءة في الصلاة على الجنائز
- ٤٦١ المسألة التاسعة : عزائم سجود التلاوة

- ٤٦٦ المسألة العاشرة : نصاب الذهب في الزكاة
 ٤٦٨ المسألة الحادية عشرة : وجوب الزكاة في مال من عليه دين
 ٤٧٣ المسألة الثانية عشرة : زكاة الدين
 ٤٧٨ المسألة الثالثة عشرة : ملائكة فيه من الزروع والثمار
 ٤٨٤ المسألة الرابعة عشرة : ما يجب في تجارة أهل الذمة
 ٤٨٩ المسألة الخامسة عشرة : متى يقطع الحاج التلبية
 ٤٩١ المسألة السادسة عشرة : خيار المجلس ومتى يلزم البيع
 ٤٩٥ المسألة السابعة عشرة : بيع البر بالشعر متفاضلا
 ٤٩٧ المسألة الثامنة عشرة : تزويج الأب ابنته البكر بغير إذنها
 ٥٠١ المسألة التاسعة عشرة : مقام الزوج عند الزوجة الجديدة
 ٥٠٣ المسألة العشرون : المقدار المحرم في الرضاع
 ٥٠٦ المسألة الحادية والعشرون : أثر الزوج الثاني على تطليقات الأول
 ٥١٠ المسألة الثانية والعشرون : وقوع الطلاق بانتهاء بمدة الإيلاء
 ٥١٤ المسألة الثالثة والعشرون : ما تحمله العاقلة من دية الخطأ
 ٥١٧ المسألة الرابعة والعشرون : قتل المسلم بالذمي
 ٥٢١ المسألة الخامسة والعشرون : ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا
 ٥٢٤ المسألة السادسة والعشرون : قبول شهادة القاذف بعد التوبة

٥٢٩ الباب السابع : الاحتجاج بشرع من قبلنا وأثره

٥٣١ الفصل الأول : الاحتجاج بشرع من قبلنا

- ٥٣٢ موقف الشريعة الإسلامية من الشرائع قبلها وتحرير محل النزاع
 ٥٣٤ مذاهب العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا
 ٥٣٥ حجة القائلين إنه شرع لنا
 ٥٣٧ حجة المانعين
 ٥٤٠ رأي

٥٤١ الفصل الثاني : أثر الاحتجاج بشرع من قبلنا

- ٥٤٢ المسألة الأولى : حكم الجعالة

- ٥٤٤ المسألة الثانية : الكفالة بالنفس
 ٥٤٥ المسألة الثالثة : ضمان ما تفسده الدواب
 ٥٤٧ المسألة الرابعة : القسمة مهايأة
 ٥٤٩ المسألة الخامسة : جعل المنفعة مهرا
 ٥٥٣ المسألة السادسة : قتل الذكر بالأنثى
 ٥٥٦ المسألة السابعة : الأفضل في الأضحية
 ٥٥٨ المسألة الثامنة : نذر ذبح ولده أو نحره

الباب الثامن : القول بسد الذرائع وأثره

الفصل الأول : القول بسد الذرائع

- ٥٦٦ معنى سد الذرائع وتحرير محل النزاع
 ٥٦٦ المعنى العام للذريعة
 ٥٦٨ أقسام الذرائع بحسب المعنى العام
 ٥٧٢ المعنى الخاص للذريعة
 ٥٧٣ الاحتجاج بسد الذرائع
 ٥٧٥ موقف الشافعي من الذرائع
 ٥٨٠ شواهد من فقه الأئمة على العمل بسد الذرائع
 ٥٨٠ في الفقه المالكي
 ٥٨٣ في الفقه الحنبلي
 ٥٨٦ في فقه الحنفية
 ٥٨٩ في الفقه الشافعي
 ٥٩٢ عمدة القول بسد الذرائع

الفصل الثاني : أثر القول بسد الذرائع

- ٥٩٦ المسألة الأولى : مات وعليه زكاة
 ٥٩٨ المسألة الثانية : اشتراك الجماعة في الصيد
 ٦٠٠ المسألة الثالثة : بيع الحيوان بالحيوان
 ٦٠٤ المسألة الرابعة : حكم السلم إذا تعذر تسليم المسلم فيه

- المسألة الخامسة : اشترى طعاما من رب السلم ليوفيه المسلم فيه ٦٠٦
 المسألة السادسة : بيع المسلم فيه قبل قبضه ٦٠٧
 المسألة السابعة : الإقالة من بعض المسلم فيه ٦١١
 المسألة الثامنة : الإقالة مع تأخير رأس مال السلم ٦١٣
 المسألة التاسعة : الإقالة على الزيادة أو النقصان ٦١٥
 المسألة العاشرة : الشراء برأس مال السلم بعد الإقالة وقبل القبض ٦١٦
 المسألة الحادية عشرة : نكاح المريض مرض الموت ٦١٨
 المسألة الثانية عشرة : شهادة الأصول والفروع ٦٢١
 المسألة الثالثة عشرة : شهادة الزوجين ٦٢٣
 المسألة الرابعة عشرة : قضاء القاضي بعلمه ٦٢٥
 المسألة الخامسة عشرة : القضاء لمن يتهم عليه ٦٢٨

الباب التاسع : الأخذ بأقل ما قيل وأثره

الفصل الأول : الأخذ بأقل ما قيل

- معناه ٦٣٤
 نفي توهمين ٦٣٤
 رأي العلماء في حجيته ٦٣٥
 حجة القول به ٦٣٦
 شروط العمل به ٦٣٦

الفصل الثاني : أثر الأخذ بأقل ما قيل

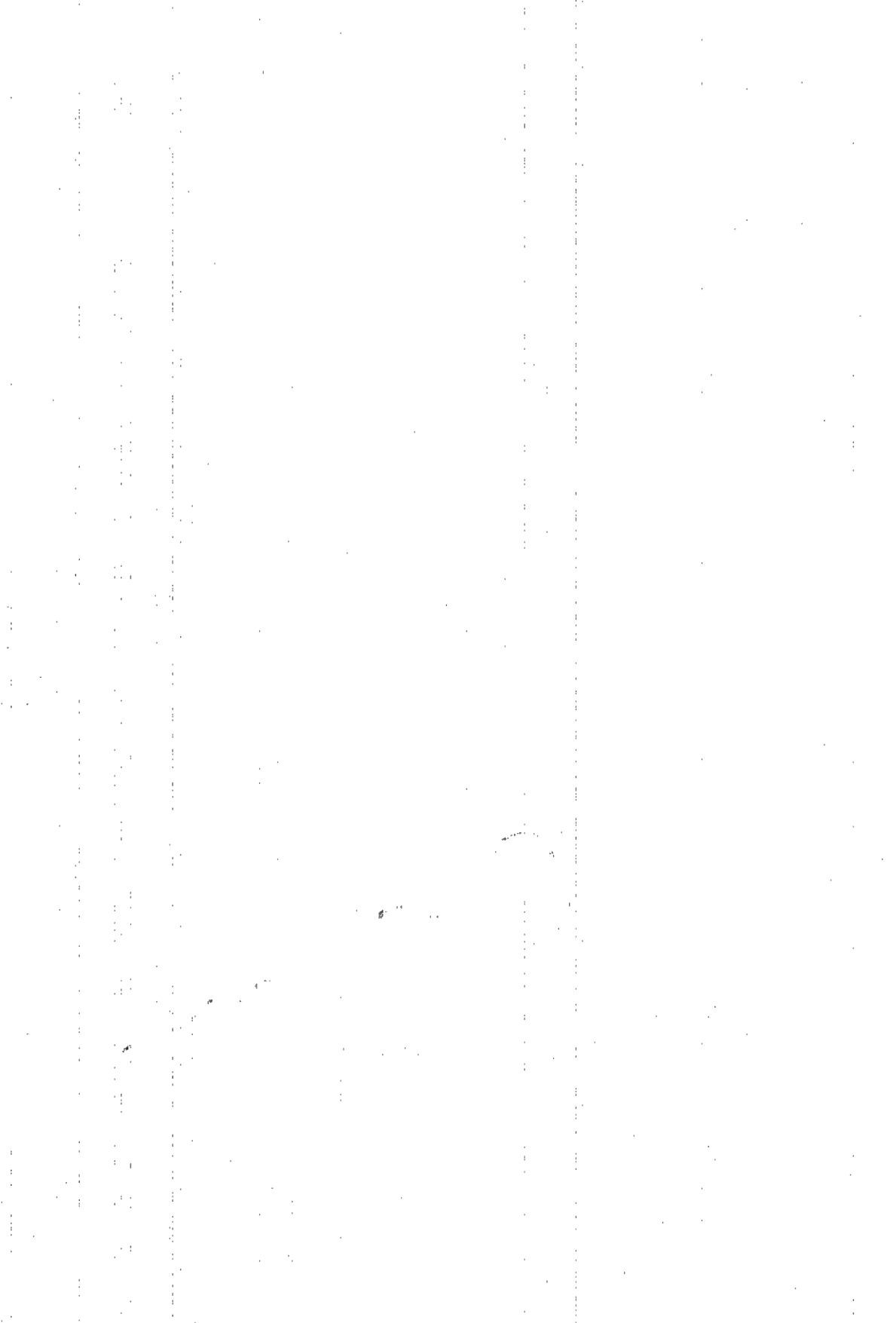
- المسألة الأولى : أسنان الإبل في دية الخطأ ٦٣٨
 المسألة الثانية : دية الدمي ٦٤٠
 المسألة الثالثة : دية المجوسي ٦٤٢

الباب العاشر : الاستقراء وأثره

الفصل الأول : الاستقراء

- معنى الاستقراء ٦٤٧
 أنواع الاستقراء ٦٤٨

٦٤٩	الاستقراء لدى الأصوليين
٦٤٩	حجته
٦٥١	إفادته الحكم
٦٥٢	دليل حجته
٦٥٥	الفصل الثاني : اثر الاستقراء
٦٥٦	المسألة الأولى : أقل الحيض وأكثره
٦٥٩	المسألة الثانية : دم الحامل حيض أو استحاضة
٦٦٢	المسألة الثالثة : أكثر مدة الحمل
٦٦٤	المسألة الرابعة : مدة النفاس
٦٦٦	المسألة الخامسة : حكم صلاة الوتر
٦٧١	خاتمة
٦٨٧	المراجع
٦٩٣	فهرس الموضوعات



جدول الخطأ والصواب

الصفحة	رقم	السطر	الخطأ	الصواب
٤٠	١٢	العادات	العبادات	
٤٧	١	استدلالاتهم	استدلالاتهم	
٤٧	الأخير	تدعوا	تدعو	
٥٠	٧	أمثلة	أمثلة	
٥٣	الحاشية	أعلام الموقعين	إعلام الموقعين	
٦٣	٣ من الأسفل	توفيه	توفية	
٦٦	١٥	حق توفيه	حق توفية	
٨٣	٩	قالوا بعد دخول	قالوا بعدم دخول	
٨٥	١٠	فمين	فيمن	
١١٤	٥	شيء	شيء	
١١٤	٧	الشيء	الشيء	
١١٥	٧	شيء	شيء	
١١٦	١٧	بداية المبتدئ	بداية المبتدي	
١٤١	٢	نصدق	تصدق	
١٦٥	١٧	ودن صاحبه	دون صاحبه	
١٦٦	٣	الاسحسان	الاستحسان	
١٧٥	٥	وذهب الشافعي	٢ - وذهب الشافعي	
١٨٠	١٠	التصدق	التصدق	
١٨٨	الحاشية	أعلام الموقعين	إعلام الموقعين	
١٩١	١٩	يتقين	يتيقن	

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٠٩	٣	العصر يؤدي	العصر يؤدي
٢١٦	١٢	الانكار	الإنكار
٢٢٧	الآخر من الأصل	العينين	العينين
٢٢٨	١	العينين	العينين
٢٢٩	الثالث من الأسفل	مهنما	منهما
٢٥٤	١١	قال : في الهداية	قال في الهداية
٢٦٦	١٨	إذ كان	إذا كان
٢٦٧	٢٠	اجمعوا	اجمعوا
٢٧٣	١٥	دل ذلك	دل ذلك
٢٧٥	١٤	الكاليف	التكاليف
٢٧٦	١٠	الكليف	التكليف
٢٨٩	الحاشية	القبيطية	القبطية
٢٩٦	٣	ينقطع ثمرة	ينقطع ثمرة
٢٩٦	١٧	تميز	تميز
٢٩٧	٩	المثار	الثمار
٢٩٨	الحاشية	الجزار	الجزاز
٣٠٢	١٤	ورجع ابن عابدين	ورجع ابن عابدين
٣٠٣	٧	مام	مما
٣٠٣	١٥	فالمائلة	فالمائلة
٣٠٧	١٣	المسألة الثامنة	المسألة الثامنة
٣١٧	١٤	المثر	الثمر
٣١٨	١٥	بداية المبتدىء	بداية المبتدي
٣٢١	٥	استغناء	استغناء

رقم الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٢٤	الآخر من الأصل	لم يقيد (١)	لم يقيد (٢)
٣٢٥	٢١	وإذا	وإذا
٣٣٨	٦	عليكه شهيداً «	عليكم شهيداً «
٣٣٨	١٣	اتي	أتى
٣٥٧	٧	د - قالوا	ح - قالوا
٣٦٨	١٥	مانعه	مانعية
٣٨٨	١٣	قال في البداية	قال في بداية المبتدي
٣٩٠	الآخر من الأصل	ان لله	ان الله
٣٩٤	١٨	- ماروي عن	ح - ماروي عن
٣٩٦	الأول من الحاشية	الجذم	الجدام
٣٩٨	الآخر من الحاشية	سبل السلام ١٥٣/٣	سبل السلام ١٣٥/٣
٤١٦	١٨	وأرسلوا عيهم	وأرسلوا عليهم
٤١٨	٧	أو ترتكموها	أو تركتموها
٤٣٣	١٨	رصي الله	رضي الله
٤٣٥	١٣	ما ترجوا	ما ترجو
٤٣٦	١٤	كالظهر رابع	كالظهر أربع
٤٣٦	١٥	وكتحريم الخرم	وكتحريم الخمر
٤٤٦	الآخر	الوط	الوطء
٤٦٣	٩	رسول الله رسول الله	رسول الله
٤٦٣	١٣	« واقرأ باسم ربك »	و « اقرأ باسم ربك »
٤٧٢	٥٤٤ من الحاشية	غني	غنى
٤٩٣	١٢	لم يلف	لم يلق
٥٠٦	١٢	الثالثة	الطلقة الثالثة

الصفحة	رقم	السطر	الخطا	الصواب
٥٠٨	٢١	بفعل ...	بفعل نفسه	
٥٠٨	٢٢	هذا لحكم	هذا الحكم	
٥٠٨	٢٣	أنه يحل	أنه لا يحل	
٥٠٨	٢٤	لم تحرم .. به	لم تحرم فتحل به	
٥٣٥	الثاني من الحاشية	جميع الجوامع	جمع الجوامع	
٥٣٧	١٩-١٨	وفق رسول	وفق رسول رسول	
٥٤٥	١٢	أن تأخذ	أن تأخذ	
٥٥٧	٣	المجتهد [٤١٦/١] .	المجتهد [٤١٦/١] :	
٥٥٧	٤	فدي به	فدى به	
٥٦٦	٣	شيء	شيء	
٥٦٦	٦	لشيء	لشيء	
٥٧٠	٩	وقد تفضي إلى	وقد تفضي إلى	
٥٨٠	١٠	تؤدي	تؤدي	
٥٨٧	٧	نهي النبي	نهي النبي	
٦٠٠	٢١	أن يشتري	أن يشتري	
٦٠٧	١٢	وررج	وررج	
٦٠٩	١٩	هذه الصورة	هذه الصورة	
٦١١	الآخر من الاصل	أو ضع وتعجل	أو : ضع وتعجل	
٦٢٤	٤	رضي الله عنهما	رضي الله عنها	
٦٣٨	٩	الزرقاني علي الموطأ	الزرقاني علي الموطأ	
٦٧٣	٤	ما كان محمداً أبا ...	ما كان محمد أبا ...	
٦٧٤	٩	واختلف	واختلفت	
٦٩٤	٢٠	المسألة اللثنية عشرة	المسألة الثانية عشرة	
٦٩٥	٢١	اختلف	اختلف	
٦٩٧	٩	٣٦٣	٢٦٣	